



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1993 Vol. 1

1^{er} cahier, 1993 Vol. 1

Cited as [1993] 1 S.C.R. 3-165

Renvoi [1993] 1 R.C.S. 3-165

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

CONTENTS

BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority..... 12

Torts — Negligence — Negligent misrepresentation — Concurrent liability in tort and contract — Hydro calling for tenders to erect transmission towers and string transmission lines — Tender documents stating that right-of-way would be cleared by others — Parties incorporating tender documents into contract — Right-of-way not properly cleared — Whether plaintiff can sue in tort if duty relied on is also made a contractual duty by an express term of the contract — If so, whether terms of contract excluded Hydro's potential liability for misrepresentation.

Contracts — Breach of contract — Hydro awarding contract to erect transmission towers and string transmission lines — Contract stating that right-of-way would be cleared by others — Right-of-way not properly cleared — Hydro liable for damages for breach of contract.

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
LYNE RENAUD

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

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

SOMMAIRE

BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority..... 12

Responsabilité délictuelle — Négligence — Déclaration inexacte faite par négligence — Responsabilité concomitante en matières délictuelle et contractuelle — Appel d'offres lancé par Hydro pour l'érection de pylônes et la pose de lignes de transport d'électricité — Dossier d'appel d'offres précisant que l'emprise serait déboisée par d'autres — Dossier d'appel d'offres incorporé dans un contrat par les parties — Emprise mal déboisée — Le demandeur peut-il exercer un recours en responsabilité délictuelle si l'obligation sur laquelle il fonde son recours constitue également, aux termes mêmes du contrat, une obligation contractuelle? — Dans l'affirmative, les conditions du contrat excluent-elles la responsabilité potentielle d'Hydro pour toute déclaration inexacte?

Contrats — Inexécution de contrat — Contrat accordé par Hydro pour l'érection de pylônes et la pose de lignes de transport d'électricité — Contrat stipulant que l'emprise serait déboisée par d'autres — Emprise mal déboisée — Hydro responsable en dommages-intérêts pour inexécution de contrat.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Queen v. Cognos Inc..... 87

Torts — Negligence — Negligent misrepresentation — Duty of care — Employer's representative allegedly making negligent misrepresentations to prospective employee during hiring interview — Whether employer or representative owed prospective employee a duty of care — If so, whether duty of care breached — Effect of subsequent employment agreement allowing termination without cause and reassignment.

R. v. Cooper..... 146

Criminal law — Second degree murder — Defences — *Mens rea* and *actus rea* — Accused and victim intoxicated — Accused strangling victim but blacking out before death occurred — Whether subjective intent to cause bodily harm — Whether subjective knowledge that the bodily harm is of such a nature that it is likely to result in death — Whether *mens rea* coincided with *actus rea* — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 212(a)(ii).

R. v. Webster..... 3

Criminal law — Extraordinary remedies — *Certiorari* — Availability — Provincial Court Judge dismissing accused's application, brought prior to election, to quash information on grounds of insufficiency — Whether *certiorari* available to review Provincial Court Judge's decision.

Criminal law — Information — Validity — Provincial Court Judge dismissing accused's application, brought prior to election, to quash information on grounds of insufficiency — Whether information an absolute nullity — Whether *certiorari* available to review Provincial Court Judge's decision.

SOMMAIRE (Fin)

Queen c. Cognos Inc..... 87

Responsabilité délictuelle — Négligence — Déclaration inexacte faite par négligence — Obligation de diligence — Le représentant d'un employeur aurait fait des déclarations inexactes par négligence à un employé éventuel au cours d'une entrevue — L'employeur ou son représentant avaient-ils envers l'employé éventuel une obligation de diligence? — Dans l'affirmative, cette obligation a-t-elle été violée? — Effet de la signature subséquente d'un contrat de travail permettant le congédiement sans motif et une réaffectation.

R. c. Cooper..... 146

Droit criminel — Meurtre au deuxième degré — Moyens de défense — *Mens rea* et *actus rea* — Accusé et victime en état d'ébriété — L'accusé a étranglé la victime mais a perdu conscience avant que survienne le décès — Y avait-il intention subjective de causer des lésions corporelles? — Y avait-il connaissance subjective que les lésions corporelles étaient de nature à causer la mort? — Y avait-il concomitance entre la *mens rea* et l'*actus rea*? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 212a)(ii).

R. c. Webster..... 3

Droit criminel — Recours extraordinaires — *Certiorari* — Possibilité de recourir au *certiorari* — Rejet par un juge de la Cour provinciale de la demande que l'accusé a faite avant d'effectuer un choix en vue d'obtenir l'annulation de la dénonciation pour cause d'insuffisance de détails — Peut-on recourir au *certiorari* pour contrôler la décision du juge de la Cour provinciale?

Droit criminel — Dénonciation — Validité — Rejet par un juge de la Cour provinciale de la demande que l'accusé a faite avant d'effectuer un choix en vue d'obtenir l'annulation de la dénonciation pour cause d'insuffisance de détails — La dénonciation est-elle entachée de nullité absolue? — Peut-on recourir au *certiorari* pour contrôler la décision du juge de la Cour provinciale?

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 1, 1993

1^{er} volume, 1993

A. Gary Webster *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. WEBSTER

File No.: 22856.

1992: November 3.*

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

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

Criminal law — Extraordinary remedies — Certiorari — Availability — Provincial Court Judge dismissing accused's application, brought prior to election, to quash information on grounds of insufficiency — Whether certiorari available to review Provincial Court Judge's decision.

Criminal law — Information — Validity — Provincial Court Judge dismissing accused's application, brought prior to election, to quash information on grounds of insufficiency — Whether information an absolute nullity — Whether certiorari available to review Provincial Court Judge's decision.

The accused was charged with several sexual offences. Prior to election, he applied to the Provincial Court for an order quashing the information on the basis, among others, that it failed to specify the place or the time of the offences so as to satisfy the sufficiency requirements of s. 581(3) of the *Criminal Code*. The Provincial Court Judge concluded that while "some measure of insufficiency exist[ed] in each of the charges, . . . it [was] not of such a degree as would vitiate the charges" and dismissed the application. The Prince Edward Island Supreme Court, Trial Division, dismissed the accused's application for *certiorari* to quash the Provincial Court Judge's decision and the Appeal Division upheld the judgment.

* Reasons delivered January 21, 1993.

A. Gary Webster *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. WEBSTER

^b N° du greffe: 22856.

1992: 3 novembre*.

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

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

Droit criminel — Recours extraordinaires — Certiorari — Possibilité de recourir au certiorari — Rejet par un juge de la Cour provinciale de la demande que l'accusé a faite avant d'effectuer un choix en vue d'obtenir l'annulation de la dénonciation pour cause d'insuffisance de détails — Peut-on recourir au certiorari pour contrôler la décision du juge de la Cour provinciale?

Droit criminel — Dénonciation — Validité — Rejet par un juge de la Cour provinciale de la demande que l'accusé a faite avant d'effectuer un choix en vue d'obtenir l'annulation de la dénonciation pour cause d'insuffisance de détails — La dénonciation est-elle entachée de nullité absolue? — Peut-on recourir au certiorari pour contrôler la décision du juge de la Cour provinciale?

^g L'accusé a été inculpé de plusieurs infractions d'ordre sexuel. Avant d'effectuer un choix, il a demandé à la Cour provinciale de rendre une ordonnance annulant la dénonciation pour le motif, notamment, qu'elle ne précisait pas suffisamment le lieu et le moment des infractions pour satisfaire aux exigences en matière de caractère suffisant prévues au par. 581(3) du *Code criminel*. Le juge de la Cour provinciale a conclu que même si «toutes les accusations [étaient], dans une certaine mesure, insuffisamment détaillées, elles ne [l'étaient] pas au point d'être viciées» et il a rejeté la demande. La Section de première instance de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a rejeté la demande de *certiorari* de l'accusé visant à annuler la décision du juge de la Cour provinciale et la Section d'appel a confirmé ce ^j jugement.

* Motifs déposés le 21 janvier 1993.

Held: The appeal should be dismissed.

A provincial court judge conducting a preliminary hearing has jurisdiction to determine the validity of the information and the correctness of his ruling in that regard cannot generally be challenged by *certiorari*. Here, the information was not an absolute nullity — it was not so badly drawn up as to fail to give the accused fair notice of the charge — and in deciding whether or not to quash, the Provincial Court Judge was exercising jurisdiction he undoubtedly had under s. 601 of the *Criminal Code*. This case thus falls within the general rule and *certiorari* was not available to review the Provincial Court Judge's decision. *Certiorari*, however, could be available in certain rare and highly exceptional circumstances.

Cases Cited

Applied: *R. v. Moore*, [1988] 1 S.C.R. 1097; **referred to:** *Re Bahinipaty and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 439; *R. v. Burke* (1988), 71 Nfld. & P.E.I.R. 217; *Re Volpi and Lanzino and The Queen* (1987), 34 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Jarman* (1972), 10 C.C.C. (2d) 426.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 156 [am. 1972, c. 13, s. 70; rep. 1980-81-82-83, c. 125, s. 9], 157 [rep. 1987, c. 24, s. 4].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 581(3), 601(1) [rep. & sub. c. 27 (1st Suppl.), s. 123], (3) [am. *idem*], (4).

Authors Cited

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 5th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1989.

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division (1991), 14 W.C.B. (2d) 689, dismissing the accused's appeal from a judgment of Campbell J. dismissing his application for *certiorari*. Appeal dismissed.

John L. MacDougall, Q.C., for the appellant.

Darrell E. Coombs, for the respondent.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Un juge de la Cour provinciale qui tient une enquête préliminaire est compétent pour déterminer la validité de la dénonciation, et la justesse de sa décision à cet égard ne saurait généralement être contestée par voie de *certiorari*. En l'espèce, la dénonciation n'était pas entachée de nullité absolue — elle n'était pas mal rédigée au point de ne même pas informer l'inculpé de l'accusation — et, en décidant de l'annuler ou non, le juge de la Cour provinciale exerçait la compétence que lui confère incontestablement l'art. 601 du *Code criminel*. Il s'ensuit donc que la règle générale s'applique en l'espèce et que le *certiorari* ne pouvait servir à contrôler la décision du juge de la Cour provinciale. Toutefois, il serait possible de recourir au *certiorari* dans certaines circonstances rares et exceptionnelles.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Moore*, [1988] 1 R.C.S. 1097; **arrêts mentionnés:** *Re Bahinipaty and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 439; *R. c. Burke* (1988), 71 Nfld. & P.E.I.R. 217; *Re Volpi and Lanzino and The Queen* (1987), 34 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Jarman* (1972), 10 C.C.C. (2d) 426.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 581(3), 601(1) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 123], (3) [mod. *idem*], (4).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 156 [mod. 1972, ch. 13, art. 70; abr. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 9], 157 [abr. 1987, ch. 24, art. 4].

Doctrine citée

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 5th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1989.

POURVOI contre un arrêt de la Section d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (1991), 14 W.C.B. (2d) 689, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre une décision du juge Campbell de rejeter sa demande de *certiorari*. Pourvoi rejeté.

John L. MacDougall, c.r., pour l'appelant.

Darrell E. Coombs, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER C.J.—The issue in this appeal is a narrow one. The accused moved before a Provincial Court Judge to quash an information on the basis that it did not contain sufficient detail to give him reasonable information with respect to the act or acts alleged against him. The Provincial Court Judge dismissed the application to quash, and the accused sought *certiorari* to set aside that ruling. The issue is whether the Prince Edward Island courts were correct in holding that *certiorari* is not available in these circumstances.

The Facts

The appellant was charged in an information with twelve offences contrary to s. 156 or s. 157 (since repealed) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, specifically indecent assault, buggery and gross indecency. Each offence was alleged to have been committed over a period of time, ranging from approximately one year to roughly nine years. All twelve counts were alleged to have been committed “at or near Charlottetown and at or near Sherwood, County of Queen’s, in the Province of Prince Edward Island and at other places in the Province of Prince Edward Island”. No more specific location was alleged for any of the twelve counts.

Prior to election, the appellant applied to the Provincial Court for an order quashing the information on the basis, among others, that it failed to specify the place of the offence or the time of the offence so as to satisfy the sufficiency requirements of s. 581(3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. That subsection provides:

581. . . .

(3) A count shall contain sufficient detail of the circumstances of the alleged offence to give to the accused reasonable information with respect to the act or omission to be proved against him and to identify the trans-

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Le présent pourvoi soulève une question restreinte. L’accusé a demandé à un juge de la Cour provinciale d’annuler une dénonciation pour le motif qu’elle ne contenait pas des détails suffisants pour le renseigner raisonnablement sur l’acte ou les actes qui lui étaient reprochés. Après que le juge de la Cour provinciale eut rejeté sa demande d’annulation, l’accusé a cherché à obtenir un *certiorari* infirmant cette décision. Il s’agit de déterminer si les tribunaux de l’Île-du-Prince-Édouard ont eu raison de conclure que, dans ces circonstances, on ne peut pas recourir au *certiorari*.

Les faits

Dans une dénonciation, l’appelant a été accusé de douze infractions aux art. 156 et 157 (abrogés depuis) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, plus précisément d’attentat à la pudeur, de sodomie et de grossière indécence. Ces infractions auraient été commises au cours d’une période d’un an à neuf ans environ. Les douze infractions auraient toutes été commises [TRADUCTION] «à Charlottetown ou près de cet endroit, à Sherwood, comté de Queen’s, ou près de cet endroit, et ailleurs dans la province de l’Île-du-Prince-Édouard». Aucun endroit plus précis n’était allégué relativement aux douze chefs d’accusation.

Avant d’effectuer un choix, l’appelant a demandé à la Cour provinciale de rendre une ordonnance annulant la dénonciation pour le motif, notamment, qu’elle ne précisait pas suffisamment le lieu et le moment de l’infraction pour satisfaire aux exigences en matière de caractère suffisant prévues au par. 581(3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Ce paragraphe se lit ainsi:

581. . . .

(3) Un chef d’accusation doit contenir, à l’égard des circonstances de l’infraction présumée, des détails suffisants pour renseigner raisonnablement le prévenu sur l’acte ou omission à prouver contre lui, et pour identifier

action referred to, but otherwise the absence or insufficiency of details does not vitiate the count.

The Provincial Court Judge dismissed the application to quash, and the Supreme Court of Prince Edward Island, Trial Division, dismissed an application for an order in the nature of *certiorari* to quash the information which decision was upheld on appeal to the Supreme Court of Prince Edward Island, Appeal Division.

Judgments Below

Provincial Court (Chief Judge Fitzgerald)

The appellant submitted that the information did not comply with the sufficiency requirements of s. 581(3) of the *Criminal Code*. The Provincial Court Judge determined that he had the requisite jurisdiction to hear a motion to quash the information. He went on to find the following:

On the issue of sufficiency, in all of the various aspects of it relevant to the charges before the court, I am of the view that some measure of insufficiency exists in each of the charges, but it is not of such a degree as would vitiate the charges.

Consequently, he dismissed the application.

Supreme Court of P.E.I. (Campbell J.)

The appellant applied to the Supreme Court of Prince Edward Island, Trial Division, for an order in the nature of *certiorari* quashing the decision of the Provincial Court Judge.

In brief oral reasons, Campbell J., dismissed the appellant's application, based on the authority of *Re Bahinipaty and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 439 (Sask. C.A.).

Court of Appeal (Carruthers C.J. for the Court)

Carruthers C.J. concluded that a Provincial Court Judge has jurisdiction prior to election on a preliminary inquiry to determine the validity of the counts in an information and *certiorari* does not

l'affaire mentionnée, mais autrement l'absence ou insuffisance de détails ne vicie pas le chef d'accusation.

Le juge de la Cour provinciale a rejeté la demande d'annulation et la Section de première instance de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a rejeté la demande d'ordonnance participant d'un *certiorari* en vue d'annuler la dénonciation, décision que la Section d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a maintenue.

Jugements des tribunaux d'instance inférieure

Cour provinciale (le juge en chef Fitzgerald)

L'appelant a soutenu que la dénonciation n'était pas conforme aux exigences en matière de caractère suffisant prévues au par. 581(3) du *Code criminel*. Le juge de la Cour provinciale a d'abord statué qu'il avait la compétence requise pour entendre une requête en annulation de la dénonciation. Il a ensuite tiré la conclusion suivante:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la question du caractère suffisant, dans la mesure où elle est pertinente quant aux accusations déposées devant la cour, je suis d'avis que, si toutes les accusations sont, dans une certaine mesure, insuffisamment détaillées, elles ne le sont pas au point d'être viciées.

Il a donc rejeté la demande.

Cour suprême de l'Î.-P.-É. (le juge Campbell)

L'appelant a demandé à la Section de première instance de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard de rendre une ordonnance participant d'un *certiorari* en vue d'annuler la décision du juge de la Cour provinciale.

Dans de brefs motifs oraux, le juge Campbell a rejeté la demande de l'appelant en s'appuyant sur l'arrêt *Re Bahinipaty and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 439 (C.A. Sask.).

Cour d'appel (le juge en chef Carruthers au nom de la Cour)

Le juge en chef Carruthers a conclu qu'un juge de la Cour provinciale est compétent, lors de l'enquête préliminaire et avant que le choix soit effectué, pour déterminer la validité des chefs d'accusa-

lie to quash the decision of the Provincial Court Judge.

In so concluding, Carruthers C.J. applied the case of *R. v. Burke* (1988), 71 Nfld. & P.E.I.R. 217 (P.E.I.S.C., App. Div.), wherein it was decided that a Provincial Court Judge has jurisdiction to rule on such a motion and to determine the validity of the counts in an information and that *certiorari* does not lie to quash the decision of the Provincial Court Judge acting within his jurisdiction.

Statutory Provisions

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

581. ...

(3) A count shall contain sufficient detail of the circumstances of the alleged offence to give to the accused reasonable information with respect to the act or omission to be proved against him and to identify the transaction referred to, but otherwise the absence or insufficiency of details does not vitiate the count.

601. (1) An objection to an indictment or to a count in an indictment for a defect apparent on the face thereof shall be taken by motion to quash the indictment or count before the accused has pleaded, and thereafter only by leave of the court before which the proceedings take place, and the court before which an objection is taken under this section may, if it considers it necessary, order the indictment or count to be amended to cure the defect.

(3) Subject to this section, a court shall, at any stage of the proceedings, amend the indictment or a count therein as may be necessary where it appears

(a) that the indictment has been preferred under a particular Act of Parliament instead of another Act of Parliament;

(b) that the indictment or a count thereof

(i) fails to state or states defectively anything that is requisite to constitute the offence,

tion figurant dans une dénonciation, et qu'on ne peut pas recourir au *certiorari* pour annuler la décision de ce dernier.

En tirant cette conclusion, le juge en chef Carruthers a appliqué l'arrêt *R. c. Burke* (1988), 71 Nfld. & P.E.I.R. 217 (C.S.Î.-P.-É., Sect. app.), dans lequel la cour a décidé qu'un juge de la Cour provinciale est compétent pour se prononcer sur une telle requête et sur la validité des chefs d'accusation figurant dans une dénonciation et qu'on ne peut pas recourir au *certiorari* pour annuler la décision du juge de la Cour provinciale qui agit dans les limites de sa compétence.

Les dispositions législatives

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

581. ...

(3) Un chef d'accusation doit contenir, à l'égard des circonstances de l'infraction présumée, des détails suffisants pour renseigner raisonnablement le prévenu sur l'acte ou omission à prouver contre lui, et pour identifier l'affaire mentionnée, mais autrement l'absence ou insuffisance de détails ne vicie pas le chef d'accusation.

601. (1) Une objection à un acte d'accusation ou à un de ses chefs d'accusation, pour un vice de forme apparent à sa face même, est présentée par requête pour faire annuler l'acte ou le chef d'accusation, avant que le prévenu ait plaidé, et, par la suite, seulement sur permission du tribunal devant lequel se déroulent les procédures, et un tribunal devant lequel une objection est présentée aux termes du présent article peut, si la chose lui paraît nécessaire, ordonner que l'acte ou le chef d'accusation soit modifié afin de remédier au vice indiqué.

(3) Sous réserve des autres dispositions du présent article, un tribunal modifie, à tout stade des procédures, l'acte d'accusation ou un des chefs qu'il contient, selon qu'il est nécessaire, lorsqu'il paraît que, selon le cas:

a) l'acte d'accusation a été présenté en vertu d'une loi fédérale au lieu d'une autre;

b) l'acte d'accusation ou l'un de ses chefs:

(i) n'énonce pas ou énonce defectueusement quelque chose qui est nécessaire pour constituer l'infraction,

(ii) does not negative an exception that should be negatived,

(iii) is in any way defective in substance,

and the matters to be alleged in the proposed amendment are disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry or on the trial; or

(c) that the indictment or a count thereof is in any way defective in form.

(4) The court shall, in considering whether or not an amendment should be made to the indictment or a count thereof under subsection (3), consider

(a) the matters disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry;

(b) the evidence taken on the trial, if any;

(c) the circumstances of the case;

(d) whether the accused has been misled or prejudiced in his defence by any variance, error or omission mentioned in subsection (2) or (3); and

(e) whether, having regard to the merits of the case, the proposed amendment can be made without injustice being done.

(ii) ne réfute pas une exception qui devrait être réfutée,

(iii) est de quelque façon défectueux en substance,

et les choses devant être alléguées dans la modification projetée sont révélées par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire ou au procès;

c) l'acte d'accusation ou l'un de ses chefs comporte un vice de forme quelconque.

(4) Le tribunal examine, en considérant si une modification devrait ou ne devrait pas être faite:

a) les faits révélés par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire;

b) la preuve recueillie lors du procès, s'il en est;

c) les circonstances de l'espèce;

d) la question de savoir si l'accusé a été induit en erreur ou lésé dans sa défense par une divergence, erreur ou omission mentionnée au paragraphe (2) ou (3);

e) la question de savoir si, eu égard au fond de la cause, la modification projetée peut être apportée sans qu'une injustice soit commise.

Analysis

The nub of the appellant's argument is that this information is a nullity, and that any proceeding on a nullity is itself a nullity and open to *certiorari* if no appeal remedy is then available.

In my opinion, the learned Provincial Court Judge was correct in his conclusion that while "some measure of insufficiency exists in each of the charges, . . . it is not of such a degree as would vitiate the charges".

In refusing to quash the information in this case, the learned Provincial Court Judge was, in my opinion, acting in conformity with the decision of this Court in *R. v. Moore*, [1988] 1 S.C.R. 1097. The main issue in that case was whether quashing an information, after plea, for failure to allege a material averment constitutes a verdict of acquittal for the purpose of pleading *autrefois acquit* to a new information. However, there is to be found in both the majority and the dissenting reasons in that

Analyse

L'appelant soutient essentiellement que la dénonciation est entachée de nullité et que toute instance reposant sur une nullité est elle-même nulle et peut faire l'objet d'un *certiorari* si aucun appel ne peut alors être interjeté.

À mon avis, le juge de la Cour provinciale a eu raison de conclure que, si [TRADUCTION] «toutes les accusations sont, dans une certaine mesure, insuffisamment détaillées, elle ne le sont pas au point d'être viciées».

À mon avis, en refusant d'annuler la dénonciation en l'espèce, le juge de la Cour provinciale a agi en conformité avec notre arrêt *R. c. Moore*, [1988] 1 R.C.S. 1097. La principale question soulevée dans cette affaire était de savoir si l'annulation d'une dénonciation, après le plaidoyer, en raison de l'omission d'une allégation importante constitue un verdict d'acquiescement aux fins de la défense d'*autrefois acquit* relativement à une nouvelle dénonciation. Toutefois, l'opinion majoritaire

case, considerable discussion about the circumstances under which a judge of first instance should quash an information or indictment. Dickson C.J., in his dissenting reasons, stated the following, at p. 1109:

If the document gives fair notice of the offence to the accused, it is not a nullity and can be amended under the broad powers of amendment s. 529 [now s. 601] gives to the courts. Only if a charge is so badly drawn up as to fail even to give the accused notice of the charge will it fail the minimum test required by s. 510(2)(c) [now s. 581(2)(c)]. A charge that is this defective would have to be quashed.

Although these were dissenting reasons, Dickson C.J.'s discussion in this regard was adopted without any reservation in my reasons on behalf of the majority of the Court, at p. 1126.

In the same case, writing for the majority, I said, at p. 1128:

Since the enactment of our *Code* in 1892 there has been, through case law and punctual amendments to s. 529 [now s. 601] and its predecessor sections, a gradual shift from requiring judges to quash to requiring them to amend in the stead; in fact, there remains little discretion to quash. Of course, if the charge is an absolute nullity, an occurrence the conditions of which the Chief Justice has set out clearly in his reasons, no cure is available as the matter goes to the very jurisdiction of the judge. . . . But, if the charge is only voidable, the judge has jurisdiction to amend. Even failure to state something that is an essential ingredient of the offence (and I am referring to s. 529(3)(b)(i) [now s. 601(3)(b)(i))] is not fatal; in fact, it is far from being fatal, as the section commands that the judge "shall" amend. [Emphasis added.]

Once the information in this case is examined in light of these principles, it is clear that the information here was not so badly drawn up as "to fail even to give the accused notice of the charge". It was, therefore, not an absolute nullity within the meaning of *R. v. Moore*.

et l'opinion dissidente présentent toutes les deux une longue analyse des circonstances dans lesquelles un juge de première instance devrait annuler une dénonciation ou un acte d'accusation. À la page 1109, le juge en chef Dickson, dissident, a exprimé l'opinion suivante:

Si le document donne un avis raisonnable de l'infraction à l'accusé, il n'est pas entaché de nullité et peut être modifié en vertu des larges pouvoirs de modification que l'art. 529 [maintenant l'art. 601] accorde aux tribunaux. Ce n'est que dans le cas où une accusation est à ce point mal rédigée qu'elle n'informe même pas l'inculpé de l'accusation qu'elle ne satisfera pas au critère minimal imposé par l'al. 510(2)c) [maintenant l'al. 581(2)c)]. Une accusation qui est à ce point défectueuse doit être annulée.

Bien qu'il s'agisse de motifs de dissidence, j'ai adopté sans réserve l'analyse que fait le juge en chef Dickson, à cet égard, à la p. 1126 des motifs que j'ai prononcés au nom de la Cour à la majorité.

À la page 1128, j'ai dit, au nom de la Cour à la majorité:

Depuis l'adoption de notre *Code* en 1892, du fait de la jurisprudence et des modifications ponctuelles apportées à l'art. 529 [maintenant l'art. 601] et aux articles qui l'ont précédé, l'obligation pour les juges d'annuler les actes d'accusation s'est graduellement transformée en une obligation de les modifier; le juge ne conserve en effet qu'un pouvoir discrétionnaire restreint pour les annuler. Évidemment, si l'acte d'accusation est entaché de nullité absolue, ce qui peut se produire dans les conditions clairement énoncées par le Juge en chef dans ses motifs, il n'y a aucun remède car cela porte atteinte à la compétence même du juge. [. . .] Mais si l'acte d'accusation est seulement annulable, le juge a la compétence pour le modifier. Même l'omission d'énoncer un élément essentiel de l'infraction (et je parle ici du sous-al. 529(3)(b)(i) [maintenant le sous-al. 601(3)(b)(i)]) n'est pas fatale; en fait, beaucoup s'en faut puisque l'article prescrit que le juge «doit» modifier l'acte d'accusation. [Je souligne.]

Il est évident, si on l'étudie en fonction de ces principes, que la dénonciation en l'espèce n'était pas à ce point mal rédigée qu'elle «n'inform[ait] même pas l'inculpé de l'accusation». Elle n'était donc pas entachée de nullité absolue au sens de l'arrêt *R. c. Moore*.

In reaching the conclusion that he did, the learned Provincial Court Judge was exercising jurisdiction which he undoubtedly had under s. 601 of the *Criminal Code*.

The information not being a nullity, the major premise of the appellant's argument is therefore not made out.

With respect to the availability of *certiorari*, the general rule is that the Provincial Court Judge conducting the preliminary hearing has jurisdiction to determine the validity of the information and that the correctness of his or her ruling in that regard cannot be challenged by *certiorari*. See, for example, the decision of Martin J.A. in *Re Volpi and Lanzino and The Queen* (1987), 34 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), at p. 13, and the decision of Schroeder J.A. in *R. v. Jarman* (1972), 10 C.C.C. (2d) 426 (Ont. C.A.), at p. 429. To the same effect is the following passage from R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (5th ed. 1989), at p. 482:

The general view has been that *certiorari* (or any other extraordinary remedy) will not lie to review the decision of a trial judge dealing with the validity of an information or indictment since that decision is within his jurisdiction. [Citations omitted; emphasis added.]

In the instant case, the information was not an absolute nullity and in deciding whether or not to quash the learned Provincial Court Judge was exercising jurisdiction he undoubtedly had under s. 601 of the *Criminal Code*. It therefore follows that this case falls within the general rule just described and that *certiorari* was not available to review the learned Provincial Court Judge's decision in this regard.

I would not, however, wish to foreclose entirely resort to *certiorari* in certain rare and highly exceptional circumstances. It may well be that in those rare circumstances described in *R. v. Moore*, in which the charge is an absolute nullity, *certiorari* may be available. The existence of some charge of an offence known to the law, albeit very imperfectly described, is the basis of the judge's jurisdiction. There may be rare circumstances in

En concluant comme il l'a fait, le juge de la Cour provinciale a exercé la compétence que lui confère incontestablement l'art. 601 du *Code criminel*.

La dénonciation n'étant pas entachée de nullité, la prémisse sur laquelle repose principalement l'argument de l'appelant n'a pas été établie.

Quant à la possibilité de recourir au *certiorari*, en règle générale, le juge de la Cour provinciale qui tient une enquête préliminaire est compétent pour déterminer la validité de la dénonciation, et la justesse de sa décision à cet égard ne peut être contestée par voie de *certiorari*. Voir, par exemple, les motifs du juge Martin dans *Re Volpi and Lanzino and The Queen* (1987), 34 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), à la p. 13, et ceux du juge Schroeder dans *R. c. Jarman* (1972), 10 C.C.C. (2d) 426 (C.A. Ont.), à la p. 429. Dans *Canadian Criminal Procedure* (5^e éd. 1989) de R. E. Salhany, on trouve, à la p. 482, le passage suivant qui va dans le même sens:

[TRADUCTION] On est généralement d'avis qu'on ne peut recourir au *certiorari* (ou à tout autre recours extraordinaire) pour contrôler la décision d'un juge de première instance portant sur la validité d'une dénonciation ou d'un acte d'accusation puisque cette décision relève de sa compétence. [Citations omises; je souligne.]

En l'espèce, la dénonciation n'était pas entachée de nullité absolue et, en décidant de l'annuler ou non, le juge de la Cour provinciale exerçait la compétence que lui confère incontestablement l'art. 601 du *Code criminel*. Il s'ensuit donc que la règle générale décrite ci-dessus s'applique en l'espèce et que le *certiorari* ne pouvait servir à contrôler la décision du juge de la Cour provinciale à cet égard.

Toutefois, je ne souhaite pas écarter entièrement le recours au *certiorari* dans certaines circonstances rares et exceptionnelles. Il est fort possible qu'on puisse recourir au *certiorari* dans les rares circonstances, décrites dans l'arrêt *R. c. Moore*, où l'accusation est entachée de nullité absolue. La compétence du juge repose sur l'existence d'une accusation d'avoir commis une infraction connue en droit, quoique décrite très imparfaitement. Il

which an information is so faulty that it fails to meet this basic requirement. There may also arise situations in which having failed to quash a defective information, a Provincial Court Judge finds himself or herself without jurisdiction. For example, if a charge does not indicate where the offence occurred and the Provincial Court Judge refused to quash or order particulars his or her decision would not be open to review through *certiorari*. However, if as the result of evidence adduced it is revealed that the alleged offence took place outside the court's jurisdiction, *certiorari* would then be available if the judge persisted in continuing exercising a jurisdiction he or she did not have. But it would be for that reason, not because of the decision arrived at under s. 601 that *certiorari* would be an appropriate remedy.

For these reasons, I would not go so far as to say that *certiorari* will never be available, but instances in which *certiorari* may be had to attack a Provincial Court Judge's ruling concerning the sufficiency of an information will be rare and exceptional.

As the Court indicated at the conclusion of argument, the appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: MacLeod, MacDougall, Crane & Parkman, Charlottetown.

Solicitor for the respondent: The Crown Attorney's Office, Charlottetown.

peut y avoir de rares circonstances où une dénonciation est défectueuse au point de ne pas respecter cette exigence fondamentale. Il peut également se présenter des cas où un juge de la Cour provinciale qui n'a pas annulé une dénonciation défectueuse se retrouve sans compétence. Par exemple, si une accusation ne précise pas le lieu où l'infraction a été commise et que le juge de la Cour provinciale a refusé de l'annuler ou de demander des détails, sa décision ne pourra pas faire l'objet d'un contrôle par voie de *certiorari*. Toutefois, si la preuve présentée révèle que l'infraction alléguée a été commise à l'extérieur de la juridiction de la cour, il serait alors possible de recourir au *certiorari* si le juge persistait à exercer une compétence qu'il ne possédait pas. Ce serait alors pour cette raison, et non pas en raison de la décision rendue en vertu de l'art. 601, que le *certiorari* serait approprié.

Pour ces motifs, je n'irais pas jusqu'à dire qu'il ne sera jamais possible de recourir au *certiorari*, mais les cas où on peut y recourir pour attaquer la décision d'un juge de la Cour provinciale portant sur le caractère suffisant d'une dénonciation seront rares et exceptionnels.

Comme la Cour l'a indiqué à la fin de la plaidoirie, le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: MacLeod, MacDougall, Crane & Parkman, Charlottetown.

Procureur de l'intimée: The Crown Attorney's Office, Charlottetown.

**British Columbia Hydro and Power
Authority** *Appellant*

v.

BG Checo International Limited *Respondent*

and between

BG Checo International Limited *Appellant*

v.

**British Columbia Hydro and Power
Authority** *Respondent*

INDEXED AS: BG CHECO INTERNATIONAL LTD. v.
BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY

File Nos.: 21939, 21955.

1992: January 28; 1993: January 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Negligent misrepresentation — Concurrent liability in tort and contract — Hydro calling for tenders to erect transmission towers and string transmission lines — Tender documents stating that right-of-way would be cleared by others — Parties incorporating tender documents into contract — Right-of-way not properly cleared — Whether plaintiff can sue in tort if duty relied on is also made a contractual duty by an express term of the contract — If so, whether terms of contract excluded Hydro's potential liability for misrepresentation.

Contracts — Breach of contract — Hydro awarding contract to erect transmission towers and string transmission lines — Contract stating that right-of-way would be cleared by others — Right-of-way not properly cleared — Hydro liable for damages for breach of contract.

*Stevenson J. took no part in the judgment.

**British Columbia Hydro and Power
Authority** *Appelante*

c.

BG Checo International Limited *Intimée*

et entre

BG Checo International Limited *Appelante*

c.

**British Columbia Hydro and Power
Authority** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: BG CHECO INTERNATIONAL LTD. c.
BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY

N^{os} du greffe: 21939, 21955.

1992: 28 janvier; 1993: 21 janvier.

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

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Déclaration inexacte faite par négligence — Responsabilité concomitante en matières délictuelle et contractuelle — Appel d'offres lancé par Hydro pour l'érection de pylônes et la pose de lignes de transport d'électricité — Dossier d'appel d'offres précisant que l'emprise serait déboisée par d'autres — Dossier d'appel d'offres incorporé dans un contrat par les parties — Emprise mal déboisée — Le demandeur peut-il exercer un recours en responsabilité délictuelle si l'obligation sur laquelle il fonde son recours constitue également, aux termes mêmes du contrat, une obligation contractuelle? — Dans l'affirmative, les conditions du contrat excluent-elles la responsabilité potentielle d'Hydro pour toute déclaration inexacte?

Contrats — Inexécution de contrat — Contrat accordé par Hydro pour l'érection de pylônes et la pose de lignes de transport d'électricité — Contrat stipulant que l'emprise serait déboisée par d'autres — Emprise mal déboisée — Hydro responsable en dommages-intérêts pour inexécution de contrat.

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

Hydro called for tenders to erect transmission towers and string transmission lines. Checo had a representative inspect the area by helicopter before its tender was submitted. The representative noted that the right-of-way had been partially cleared, and also noted evidence of ongoing clearing activity. He assumed that there would be further clearing prior to the commencement of Checo's work. Hydro accepted Checo's tender and the parties entered into a written contract. The tender documents, which were subsequently incorporated in the contract, stated that clearing of the right-of-way would be done by others and formed no part of the work to be performed by Checo. They also stated that it was Checo's responsibility to inform itself of all aspects of the work and that should any errors appear in the tender documents, or should Checo note any conditions conflicting with the letter or spirit of the tender documents, it was Checo's responsibility to obtain clarification before submitting its tender. The tender documents also provided that Checo would satisfy itself of all site conditions and the correctness and sufficiency of the tender for the work and the stipulated prices. In fact, no further clearing of the right-of-way ever took place, and the improper clearing caused Checo a number of difficulties in completing its work.

Checo sued Hydro seeking damages for negligent misrepresentation, or, in the alternative, for breach of contract. The evidence at trial indicated that Hydro had contracted the clearing out to another company, and that, to Hydro's knowledge, the work was not done adequately. There was no direct discussion between the representatives of Checo and Hydro concerning this issue. During the trial Checo amended its statement of claim to include a claim in fraud. The trial judge found that Hydro had acted fraudulently in its dealings with Checo and awarded damages to Checo. Hydro appealed to the Court of Appeal, which rejected the finding of fraud, but found that there had been a negligent misrepresentation which induced Checo to enter into the contract. The Court of Appeal awarded damages for the misrepresentation, but reduced the trial judge's damage award, and referred the question of breach of contract and damages flowing therefrom back to the trial court.

The issues raised by Hydro's appeal are (1) whether a pre-contractual representation which becomes a contractual term can found liability in negligent misrepresentation; (2) if so, whether the terms of the contract operate to exclude Hydro's potential liability for any misrepresentation;

Hydro a lancé un appel d'offres pour l'érection de pylônes et la pose de lignes de transport d'électricité. Avant que la soumission soit présentée, un représentant de Checo a inspecté les lieux par hélicoptère. Il a observé que l'emprise avait été partiellement déboisée et que des activités de déboisement s'y poursuivaient. Il a donc présumé que l'emprise serait plus amplement déboisée avant que Checo n'entreprenne les travaux. Hydro a accepté la soumission de Checo et les parties ont conclu un contrat écrit. Le dossier d'appel d'offres, incorporé par la suite dans le contrat, prévoyait que le déboisement de l'emprise serait effectué par d'autres et ne faisait pas partie du travail que Checo devait exécuter. Il stipulait également qu'il incombait à Checo de se renseigner sur tous les aspects des travaux et que, advenant le cas où il y aurait des erreurs dans le dossier, ou si Checo remarquait des conditions qui venaient en contradiction avec la lettre ou l'esprit du dossier, elle devait obtenir les explications voulues avant de présenter sa soumission. Le dossier d'appel d'offres prévoyait également que Checo devait vérifier l'état des lieux et s'assurer que sa soumission était exacte et complète au regard des travaux et des prix indiqués. Dans les faits, l'emprise n'a jamais fait l'objet d'autres travaux de déboisement et le déboisement incomplet a occasionné à Checo de nombreuses difficultés dans l'exécution des travaux.

Checo a poursuivi Hydro en dommages-intérêts pour déclaration inexacte faite par négligence ou, subsidiairement, pour inexécution de contrat. Il est ressorti de la preuve présentée au procès qu'Hydro avait accordé un sous-contrat de déboisement à une autre compagnie, qui n'avait pas, à sa connaissance, effectué les travaux de façon satisfaisante. Il n'y a pas eu de discussions directes à ce sujet entre les représentants de Checo et d'Hydro. Au cours du procès, Checo a modifié sa déclaration pour y inclure une allégation de fraude. Le juge de première instance a conclu qu'Hydro avait agi frauduleusement dans ses rapports avec Checo et a accordé à celle-ci des dommages-intérêts. Hydro a interjeté appel auprès de la Cour d'appel, qui a rejeté la conclusion relative à la fraude mais a estimé qu'il y avait eu déclaration inexacte faite par négligence ayant amené Checo à conclure le contrat. La Cour d'appel a accordé des dommages-intérêts pour déclaration inexacte, mais a réduit la somme adjugée en première instance et a renvoyé la question de l'inexécution de contrat et des dommages en résultant au tribunal de première instance.

Le pourvoi d'Hydro soulève les questions suivantes: (1) Peut-on se fonder sur une déclaration précontractuelle qui devient une clause du contrat pour conclure à la responsabilité pour déclaration inexacte faite par négligence? (2) Dans l'affirmative, les clauses du con-

sentations; (3) if not, whether Hydro is liable for negligent misrepresentation; and (4) whether there was a breach of contract. Checo's cross-appeal is to determine (1) whether Hydro should be liable for fraudulent misrepresentation and (2) whether the Court of Appeal correctly assessed Checo's damages for negligent misrepresentation.

Held (Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting in part): The appeal should be dismissed and the cross-appeal allowed in part.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: Hydro is liable to Checo for breach of contract. The contract required Hydro to clear the right-of-way as specified and that duty was not negated by the more general clauses relating to errors and misunderstandings in tendering, site conditions and contingencies. Since Hydro did not remove the logs and debris from the right-of-way, it is liable for breach of contract.

The contract does not preclude Checo from suing in tort. The general rule emerging from this Court's decision in *Central Trust Co. v. Rafuse* is that where a given wrong *prima facie* supports an action in contract and in tort, the party may sue in either or both, subject to any limit the parties themselves have placed on that right by their contract. This limitation on the general rule of concurrency arises because it is always open to parties to limit or waive the duties which the common law would impose on them for negligence. The mere fact that the parties have dealt with a matter expressly in their contract does not mean that they intended to exclude the right to sue in tort. It all depends on how they have dealt with it. In so far as the tort duty is not contradicted by the contract, it remains intact and may be sued upon.

This principle is illustrated by consideration of the three situations that may arise when contract and tort are applied to the same wrong. The first class of case arises where the contract stipulates a more stringent obligation than the general law of tort would impose. In that case, the parties are hardly likely to sue in tort, since they

trattent-elles néanmoins pour effet d'exclure la responsabilité potentielle d'Hydro pour toute déclaration inexacte? (3) Dans la négative, Hydro est-elle responsable par suite d'une déclaration inexacte faite par négligence? (4) Y a-t-il eu inexécution de contrat? Le pourvoi incident formé par Checo soulève les questions suivantes: (1) Hydro devrait-elle être tenue responsable d'avoir fait une déclaration inexacte et frauduleuse? (2) La Cour d'appel a-t-elle correctement évalué le préjudice subi par Checo par suite de la déclaration inexacte faite par négligence?

Arrêt (les juges Sopinka et Iacobucci sont dissidents en partie): Le pourvoi est rejeté et le pourvoi incident est accueilli en partie.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Hydro est responsable envers Checo en raison d'une inexécution de contrat. Hydro était tenue de déboiser l'emprise comme prévu au contrat et cette obligation n'était pas écartée par les clauses plus générales relatives aux erreurs et aux méprises en ce qui concerne la soumission, l'état des lieux et les imprévus. Étant donné qu'Hydro n'a pas enlevé les billes et les débris de l'emprise, elle est responsable en raison d'une inexécution de contrat.

Le contrat n'empêche pas Checo d'exercer un recours en responsabilité délictuelle. La règle générale qui ressort de l'arrêt de notre Cour *Central Trust Co. c. Rafuse* est que, lorsqu'un préjudice permet à première vue d'étayer une action en responsabilité contractuelle et une action en responsabilité délictuelle, la partie peut exercer l'un ou l'autre recours ou les deux, sous réserve de toute restriction que les parties ont elle-mêmes prévue dans leur contrat. Cette restriction à la règle générale de la concomitance est possible parce que les parties peuvent toujours limiter les obligations que la common law leur impose en matière de négligence, ou renoncer à celles-ci. Le simple fait que les parties aient traité d'une question expressément dans leur contrat ne signifie pas qu'elles avaient l'intention d'exclure le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle. Cela dépend de la manière dont elles en ont traité. Dans la mesure où le contrat ne déroge pas à l'obligation en responsabilité délictuelle, celle-ci demeure intacte et elle ouvre droit à un recours.

Ce principe est illustré par l'examen des trois catégories de cas susceptibles de se présenter lorsque les responsabilités contractuelle et délictuelle sont appliquées au même préjudice. La première survient lorsque le contrat prévoit une obligation plus stricte que ne l'imposerait le droit général de la responsabilité délictuelle. Dans

could not recover in tort for the higher contractual duty. The vast majority of commercial transactions fall into this class. The right to sue in tort is not extinguished, however, and may remain important, as where suit in contract is barred by expiry of a limitation period. The second class of case arises where the contract stipulates a lower duty than that which would be presumed by the law of tort in similar circumstances. This occurs when the parties by their contract indicate their intention that the usual liability imposed by the law of tort is not to bind them. The most common means by which such an intention is indicated is the inclusion of a clause of exemption or exclusion of liability in the contract. Generally, the duty imposed by the law of tort can be nullified only by clear terms. The third class of case arises where the duty in contract and the common law duty in tort are co-extensive. In this class of case, like the others, the plaintiff may seek to sue concurrently or alternatively in tort to secure some advantage peculiar to the law of tort, such as a more generous limitation period. The case at bar falls into this third category. Hydro's common law duty not to negligently misrepresent that it would have the right-of-way cleared by others is not excluded by the contract, which confirmed Hydro's obligation to clear the right-of-way.

The availability of concurrent liability in contract and tort should not be predicated on whether the contractual term is express or implied. Using the express-implied distinction as a basis for determining whether there is a right to sue in tort poses a number of problems. The law has always treated express and implied terms as being equivalent in effect, and it is difficult to distinguish between them in some cases. It is not evident that if parties to a contract choose to include an express term in the contract dealing with a particular duty relevant to the contract, they intended to oust the availability of tort remedies in respect of that duty. Finally, the test will be difficult to apply in situations where the express contractual term does not exactly overlap the tort duty. Neither principle, the authorities nor the needs of contracting parties support the conclusion that dealing with

un tel cas, les parties sont peu susceptibles d'exercer un recours en responsabilité délictuelle puisqu'elles ne pourraient recouvrer de dommages-intérêts relativement à l'obligation contractuelle supérieure. La grande majorité des opérations commerciales s'inscrivent dans cette catégorie. Toutefois, le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle n'est pas éteint, et il peut encore être important, par exemple dans le cas où il est impossible de poursuivre en responsabilité contractuelle parce que la période de prescription est écoulée. La deuxième catégorie se présente lorsque le contrat prévoit une obligation moindre que celle qui découlerait du droit de la responsabilité délictuelle dans des circonstances semblables. Cela se produit lorsque les parties indiquent par leur contrat leur intention de ne pas être liées par la responsabilité qu'impose habituellement le droit de la responsabilité délictuelle. La façon la plus courante d'indiquer cette intention est l'inclusion d'une clause d'exemption ou d'exclusion de responsabilité dans le contrat. En règle générale, l'obligation qu'impose le droit de la responsabilité délictuelle ne peut être annulée que par des conditions claires. La troisième survient lorsque l'obligation contractuelle et l'obligation de common law en responsabilité délictuelle coïncident. Dans cette catégorie, comme dans les autres, le demandeur peut chercher à intenter une action de façon concomitante ou subsidiaire en responsabilité délictuelle pour obtenir un certain avantage particulier au droit de la responsabilité délictuelle, comme un délai de prescription plus généreux. L'espèce s'inscrit dans cette troisième catégorie. L'obligation de common law d'Hydro de ne pas déclarer de façon inexacte et par négligence que l'emprise serait déboisée par d'autres n'est pas écartée par le contrat, qui confirmait l'obligation d'Hydro de déboiser l'emprise.

La concomitance de la responsabilité contractuelle et délictuelle ne devrait pas être fondée sur le fait que la condition du contrat est expresse ou implicite. Un certain nombre de problèmes découlent de l'utilisation de la distinction entre conditions expresses et implicites pour déterminer s'il existe un droit d'exercer un recours en responsabilité délictuelle. Le droit a toujours considéré les conditions expresses et implicites comme ayant un effet équivalent, et il est difficile d'établir une distinction entre elles dans certains cas. Il n'est pas évident que, si les parties choisissent d'inscrire dans le contrat une condition expresse qui traite d'une obligation particulière pertinente, elles ont l'intention d'éliminer la possibilité des recours en responsabilité délictuelle relative à cette obligation. Enfin, le critère sera difficile à appliquer dans les cas où la condition contractuelle

a matter by an express contract term will, in itself, categorically exclude the right to sue in tort.

The contract did not limit the duty of care owed by Hydro to Checo, nor did Checo waive its common law right to bring such tort actions as might be open to it. Checo is thus entitled to claim against Hydro in tort.

In situations of concurrent liability in tort and contract it would seem anomalous to award a different level of damages for what is essentially the same wrong on the sole basis of the form of action chosen, though particular circumstances or policy may dictate such a course.

Checo is entitled to be compensated for all reasonably foreseeable loss caused by the tort. The Court of Appeal was justified in finding that had the misrepresentation not been made, Checo would have entered into the contract, but with a higher bid. It was of the view that Checo would have increased its bid by an amount equal to the cost of the extra work made necessary by the improperly cleared work site plus profit and overhead. To compensate only for the direct costs of clearing, however, is to suggest that the only tort was the failure to clear. The real fault is that Hydro misrepresented the situation and Checo may have relied on that representation in performing its other obligations under the contract. Having to devote its resources to that extra work might have prevented Checo from meeting its original schedule, thereby resulting in Checo incurring acceleration costs in order to meet the contract completion date. Such costs would also arguably be reasonably foreseeable. The matter should be referred back to the trial court for determination of whether any such indirect losses were the foreseeable result of the misrepresentation.

The breach of contract claims should be referred to the trial court for determination. Checo is to be put in the position it would be in had the work site been cleared properly, and is therefore to be reimbursed for all expenses incurred as a result of the breach of con-

expresse ne chevauche pas exactement l'obligation en responsabilité délictuelle. Ni le principe, ni la jurisprudence ou la doctrine, ni les besoins des parties contractantes n'appuient la conclusion que le seul fait de traiter d'une question par une condition contractuelle expresse écartera de façon catégorique le droit d'exercer un recours en responsabilité délictuelle.

Le contrat ne restreignait pas l'obligation de diligence d'Hydro envers Checo, et Checo n'a pas non plus renoncé à son droit de common law d'intenter les actions en responsabilité délictuelle dont elle pouvait disposer. Checo a donc le droit d'exercer contre Hydro un recours en responsabilité délictuelle.

Dans des cas de responsabilité concomitante en matières délictuelle et contractuelle, il ne semblerait pas normal d'accorder des montants différents de dommages-intérêts pour ce qui constitue essentiellement le même préjudice sur le seul fondement de la forme d'action choisie, bien que des circonstances particulières ou des raisons de principe puissent dicter une telle façon de faire.

Checo a droit à être indemnisée de toutes les pertes raisonnablement prévisibles causées par le délit. La Cour d'appel était justifiée de dire que, si la déclaration inexacte n'avait pas été faite, Checo aurait conclu le contrat, mais à un prix plus élevé. Elle était d'avis que Checo aurait augmenté le montant de sa soumission du coût des travaux additionnels rendus nécessaires par le déboisement incomplet des lieux, plus les bénéfices et les frais généraux. Toutefois, accorder une indemnisation seulement pour les coûts directs de déboisement équivalait à dire que le délit consistait simplement à ne pas avoir déboisé. La véritable faute est qu'Hydro a fait une déclaration inexacte concernant la situation et que Checo peut s'être fiée à cette déclaration pour exécuter ses autres obligations découlant du contrat. Le fait de devoir consacrer ses ressources à ces travaux additionnels peut avoir empêché Checo de respecter son calendrier initial, entraînant ainsi des coûts d'accélération des travaux pour lui permettre de suivre les échéances. On pourrait dire que ces coûts sont raisonnablement prévisibles. La question devrait être renvoyée au tribunal de première instance pour qu'il détermine si ces pertes indirectes étaient le résultat prévisible de la déclaration inexacte.

Les demandes fondées sur l'inexécution de contrat devraient être renvoyées au tribunal de première instance. Checo doit être placée dans la situation qui aurait été la sienne si les lieux avaient été déboisés de façon adéquate, et elle doit donc recouvrer tous les frais

tract, whether expected or not, except to the extent that those expenses may have been so unexpected that they are too remote to be compensable for breach of contract. The damages in contract would thus include not only the costs flowing directly from the improperly cleared work site, but also consequent indirect costs such as acceleration costs due to delays in construction.

There was no evidence of an intention on the part of Hydro to deceive, and the Court of Appeal therefore correctly concluded that Hydro should not be liable for fraudulent misrepresentation.

Per Sopinka and Iacobucci JJ. (dissenting in part): In the circumstances of the case, Hydro may be liable in contract for the representations which Checo complains of, but it cannot be liable in tort. While as a general rule, the existence of a contract between two parties does not preclude the existence of a common law duty of care, contractual exclusion or limitation clauses can operate either to exclude or limit liability, or to limit the duty owed by one party to the other, whether in contract or in tort. In neither case will the plaintiff be permitted to use an action in tort to circumvent the limitation of liability or of duty in the contract. The contractual relationship can bring the parties into sufficient proximity to give rise to a duty of care, but no duty of care in tort can be concurrent with a duty of care created by an express term of the contract. If the duty is defined by an express term of the contract, the plaintiff will be confined to whatever remedies are available in the law of contract. A claim in tort is not foreclosed in all circumstances, however. A contextual approach should be adopted which takes into account the context in which the contract is made, and the position of the parties with respect to one another. The policy reasons in favour of the rule are strongest where the contractual context is commercial and the parties are of equal bargaining power. Here there is no question of unconscionability or inequality of bargaining power. If such issues, or others analogous to them, were to arise, however, a court should be wary not to exclude too rapidly a duty of care in tort on the basis of an express term of the contract, especially if the end result for the plaintiff would be a wrong without a remedy.

engagés par suite de l'inexécution de contrat, prévus ou non, sauf dans la mesure où ces frais étaient si imprévus qu'ils sont trop indirects pour faire l'objet d'un remboursement pour inexécution de contrat. Les dommages-intérêts en matière contractuelle comprendraient ainsi non seulement les frais découlant directement du déboisement incomplet des lieux, mais aussi les frais indirects corollaires comme les frais d'accélération des travaux entraînés par les retards dans la construction.

Il n'y avait aucun élément de preuve d'une intention de tromper de la part d'Hydro, et la Cour d'appel a donc eu raison de conclure qu'Hydro ne devrait pas être tenue responsable d'avoir fait une déclaration inexacte et frauduleuse.

Les juges Sopinka et Iacobucci (dissidents en partie): Dans les circonstances, Hydro peut encourir une responsabilité contractuelle pour les déclarations que Checo lui reproche, mais elle ne peut encourir de responsabilité délictuelle. En règle générale, le fait que deux parties soient liées par contrat n'empêche pas l'existence d'une obligation de diligence en common law; toutefois, les clauses contractuelles d'exclusion ou de limitation peuvent avoir pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité, ou encore de limiter les obligations qu'une des parties a envers l'autre, qu'elles soient de nature contractuelle ou délictuelle. Dans l'un ou l'autre cas, il ne sera pas permis au demandeur de se servir du recours en responsabilité délictuelle pour contourner la limitation de la responsabilité ou des obligations prévue au contrat. Il peut résulter des liens contractuels existant entre les parties des rapports suffisamment étroits pour donner naissance à une obligation de diligence, mais une obligation de diligence en matière délictuelle ne pourra coexister avec une autre créée expressément par le contrat. Si l'obligation est expressément prévue au contrat, les recours du demandeur seront limités à ceux prévus par le droit des contrats. Toutefois, un recours en responsabilité délictuelle n'est pas exclu dans tous les cas. On devrait adopter une méthode permettant de tenir compte du contexte dans lequel le contrat est intervenu, ainsi que de la position des parties l'une par rapport à l'autre. C'est dans un contexte commercial où les parties ont un pouvoir de négociation égal que la règle a le plus sa raison d'être. En l'espèce, il n'est pas question d'iniquité ni de pouvoir de négociation inégal. Si ces questions ou d'autres semblables devaient être soulevées, le tribunal devrait se garder d'exclure trop rapidement l'existence d'une obligation de diligence en matière délictuelle en invoquant une condition expresse du contrat, surtout si cela signifiait l'absence de recours pour le demandeur lésé.

An action for negligent misrepresentation will survive the making of a contract between the parties. As in other areas of negligence, the plaintiff may have the option of concurrent actions in tort and contract. Here, however, the duty imposed in tort on Hydro by the clause in the tender documents is co-extensive with the duty imposed in contract by the express clause in the contract. Consequently, subject to any overriding considerations arising from the context in which the transaction occurred, Checo is limited to whatever remedies may be available to it in contract for Hydro's breach of the contract. An assessment of the context strengthens the conclusion that Checo should be limited to any remedies that might be available to it under the contract. This transaction occurred in a commercial context. The parties are both large corporations, and there is no allegation or indication of any inequality of bargaining power or unconscionability. As well, the contract which was concluded by the parties was included as part of the tender documents. Checo knew when it was preparing its bid that if its bid were accepted, the representation as to the condition of the right-of-way would be a term of the contract. Checo knew, or ought to have known, that disputes as to the condition of the right-of-way would potentially be governed by the contract.

There is no clause in the contract or in the tender documents which serves either to limit or exclude Hydro's liability for the representation the contract contained. Hydro breached the express term of the contract that the right-of-way would be cleared and is accordingly liable for damages, which should be assessed at the new trial.

There was insufficient evidence to support a finding of deceit. The Court of Appeal properly concluded that Hydro should not be liable for fraudulent misrepresentation.

Cases Cited

By La Forest and McLachlin JJ.

Considered: *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; **referred to:** *Forbes v. Git*, [1922] 1 A.C. 256 (P.C.), rev'g (1921), 62 S.C.R. 1; *Hassard v. Peace River Co-operative Seed Growers Association Ltd.*, [1954] 2 D.L.R. 50; *Cotter v. General Petroleums Ltd.*, [1951] S.C.R. 154; *Dyck v. Manitoba Snowmobile Association Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 589; *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522; *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555; *Canadian Indemnity Co. v. Andrews & George Co.*,

L'action pour déclaration inexacte faite par négligence survivra à la conclusion d'un contrat entre les parties. Comme dans d'autres domaines de la négligence, il se peut que le demandeur dispose de recours concomitants en matières contractuelle et délictuelle. Toutefois, en l'espèce, l'obligation en responsabilité délictuelle imposée à Hydro par la clause du dossier d'appel d'offres coïncide avec l'obligation d'ordre contractuel imposée par la clause expresse du contrat. Par conséquent, sous réserve de toute considération prépondérante résultant du contexte dans lequel l'entente est intervenue, les recours de Checo se limitent à ceux qui découlent du droit des contrats en cas d'inexécution du contrat par Hydro. L'analyse du contexte vient renforcer la conclusion que les recours de Checo doivent être limités à ceux dont elle dispose en vertu du contrat. L'entente s'inscrivait dans un contexte commercial. Les parties sont deux grandes entreprises et il n'y a pas eu d'allégation ou d'indication d'inégalité dans la négociation ni d'iniquité. En outre, le contrat conclu par les parties faisait partie du dossier d'appel d'offres. Checo savait, au moment de préparer sa soumission que, si celle-ci était acceptée, la déclaration relative à la condition de l'emprise deviendrait une clause du contrat. Checo savait, ou aurait dû savoir, que tout litige concernant l'état de l'emprise serait assujéti au contrat.

Il n'y a pas de clause au contrat ou au dossier d'appel d'offres susceptible de limiter ou d'exclure la responsabilité d'Hydro quant à la déclaration contenue dans le contrat. Hydro a violé la condition expresse du contrat selon laquelle l'emprise serait déboisée, et elle est donc tenue responsable des dommages-intérêts, qui devraient être évalués au cours d'un nouveau procès.

Les éléments de preuve présentés ne suffisaient pas à étayer une conclusion de dol. La Cour d'appel a à bon droit conclu qu'Hydro ne devait pas être tenue responsable par suite d'une déclaration inexacte et frauduleuse.

Jurisprudence

Citée par les juges La Forest et McLachlin

Arrêt examiné: *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; **arrêts mentionnés:** *Forbes c. Git*, [1922] 1 A.C. 256 (P.C.), inf. (1921), 62 R.C.S. 1; *Hassard c. Peace River Co-operative Seed Growers Association Ltd.*, [1954] 2 D.L.R. 50; *Cotter c. General Petroleums Ltd.*, [1951] R.C.S. 154; *Dyck c. Manitoba Snowmobile Association Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 589; *Elder, Dempster & Co. c. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522; *Lister c. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555; *Canadian Indemnity Co. c. Andrews & George Co.*,

[1953] 1 S.C.R. 19; *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385 (Ont. C.A.), aff'd *sub nom. Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346; *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554; *Jarvis v. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 3 S.C.R. 3; *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228.

By Iacobucci J. (dissenting in part)

Considered: *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; **referred to:** *K.R.M. Construction Ltd. v. British Columbia Railway Co.* (1981), 18 C.L.R. 159 (B.C.S.C.), aff'd in part (1982), 18 C.L.R. 159 (B.C.C.A.); *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 273; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.* (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 1, aff'd [1991] 3 S.C.R. 3; *Catre Industries Ltd. v. Alberta* (1989), 99 A.R. 321 (C.A.), leave to appeal refused, [1990] 1 S.C.R. vi; *University of Regina v. Pettick* (1991), 90 Sask. R. 241; *Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.* (1989), 68 O.R. (2d) 193; *Pittman v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1990), 76 D.L.R. (4th) 320; *Clark v. Naqvi* (1989), 99 N.B.R. (2d) 271; *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5; *Leame v. Bray* (1803), 3 East 593, 102 E.R. 724; *Bretherton v. Wood* (1821), 3 Brod. & B. 54, 129 E.R. 1203; *Boorman v. Brown* (1842), 3 Q.B. 511 (Ex. Ch.), 114 E.R. 603, aff'd *sub nom. Brown v. Boorman* (1844), 11 Cl. & Fin. 1 (H.L.), 8 E.R. 1003; *Jarvis v. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399; *Groom v. Crocker*, [1939] 1 K.B. 194; *Bagot v. Stevens Scanlan & Co.*, [1966] 1 Q.B. 197; *Williamson v. Allison* (1802), 2 East. 446, 102 E.R. 432; *Legge v. Tucker* (1856), H. & N. 500, 156 E.R. 1298; *Turner v. Stallibrass*, [1898] 1 Q.B. 56; *Edwards v. Mallan*, [1908] 1 K.B. 1002; *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522; *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769; *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385; *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554; *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *New Brunswick Telephone Co. v. John Maryon International Ltd.* (1982), 43 N.B.R. (2d) 469; *V.K. Mason Construction Ltd. v. Bank of Nova Scotia*, [1985] 1 S.C.R. 271; *ITO—International Terminal*

[1953] 1 R.C.S. 19; *Dominion Chain Co. c. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385 (C.A. Ont.), conf. *sub nom. Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 R.C.S. 1346; *Batty c. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554; *Jarvis c. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 3 R.C.S. 3; *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228.

Citée par le juge Iacobucci (dissent en partie)

Arrêt examiné: *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; **arrêts mentionnés:** *K.R.M. Construction Ltd. c. British Columbia Railway Co.* (1981), 18 C.L.R. 159 (C.S.C.-B.), conf. en partie par (1982), 18 C.L.R. 159 (C.A.C.-B.); *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Canadian National Railway Co.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 273; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Canadian National Railway Co.* (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 1, conf. par [1991] 3 R.C.S. 3; *Catre Industries Ltd. c. Alberta* (1989), 99 A.R. 321 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1990] 1 R.C.S. vi; *University of Regina c. Pettick* (1991), 90 Sask. R. 241; *Fletcher c. Manitoba Public Insurance Co.* (1989), 68 O.R. (2d) 193; *Pittman c. Manufacturers Life Insurance Co.* (1990), 76 D.L.R. (4th) 320; *Clark c. Naqvi* (1989), 99 R.N.-B. (2^e) 271; *Esso Petroleum Co. c. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5; *Leame c. Bray* (1803), 3 East 593, 102 E.R. 724; *Bretherton c. Wood* (1821), 3 Brod. & B. 54, 129 E.R. 1203; *Boorman c. Brown* (1842), 3 Q.B. 511 (Ex. Ch.), 114 E.R. 603, conf. *sub nom. Brown c. Boorman* (1844), 11 Cl. & Fin. 1 (H.L.), 8 E.R. 1003; *Jarvis c. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399; *Groom c. Crocker*, [1939] 1 K.B. 194; *Bagot c. Stevens Scanlan & Co.*, [1966] 1 Q.B. 197; *Williamson c. Allison* (1802), 2 East. 446, 102 E.R. 432; *Legge c. Tucker* (1856), H. & N. 500, 156 E.R. 1298; *Turner c. Stallibrass*, [1898] 1 Q.B. 56; *Edwards c. Mallan*, [1908] 1 K.B. 1002; *Elder, Dempster & Co. c. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522; *J. Nunes Diamonds Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769; *Dominion Chain Co. c. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385; *Batty c. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554; *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *New Brunswick Telephone Co. c. John Maryon International Ltd.* (1982), 43 N.B.R. (2d) 469; *V.K. Mason Construction Ltd. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1985] 1 R.C.S.

- Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *Hall v. Brooklands Auto Racing Club*, [1933] 1 K.B. 205; *Peters v. Parkway Mercury Sales Ltd.* (1975), 10 N.B.R. (2d) 703; *Carman Construction Ltd. v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1982] 1 S.C.R. 958; *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87; *Derry v. Peek* (1889), 14 App. Cas. 337; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Heilbut, Symons & Co. v. Buckleton*, [1913] A.C. 30; *De Vall v. Gorman, Clancey & Grindley Ltd.* (1919), 58 S.C.R. 259; *Kinsman v. Kinsman* (1912), 3 O.W.N. 966; *Howse v. Quinnell Motors Ltd.*, [1952] 2 D.L.R. 425; *Chapman v. Warren*, [1936] O.R. 145; *Gardner v. Merker* (1918), 43 O.L.R. 411; *Kennedy v. Anderson* (1919), 50 D.L.R. 105; *Gilmour v. Trustee Co. of Winnipeg*, [1923] 3 W.W.R. 177; *Thurston v. Streilen* (1950), 59 Man. R. 55; *Scholte v. Richardson*, [1951] O.R. 58; *Candler v. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426; *Cann v. Willson* (1888), 39 Ch. D. 39; *Heaven v. Pender* (1883), 11 Q.B.D. 503; *George v. Skivington* (1869), L.R. 5 Ex. 1; *Clark v. Kirby-Smith*, [1964] 2 All E.R. 835; *Kingu v. Walmar Ventures Ltd.* (1986), 38 C.C.L.T. 51.
- 271; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Hall c. Brooklands Auto Racing Club*, [1933] 1 K.B. 205; *Peters c. Parkway Mercury Sales Ltd.* (1975), 10 N.B.R. (2d) 703; *Carman Construction Ltd. c. Compagnie de chemin de fer canadien du Pacifique*, [1982] 1 R.C.S. 958; *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87; *Derry c. Peek* (1889), 14 App. Cas. 337; *Nocton c. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Heilbut, Symons & Co. c. Buckleton*, [1913] A.C. 30; *De Vall c. Gorman, Clancey & Grindley Ltd.* (1919), 58 R.C.S. 259; *Kinsman c. Kinsman* (1912), 3 O.W.N. 966; *Howse c. Quinnell Motors Ltd.*, [1952] 2 D.L.R. 425; *Chapman c. Warren*, [1936] O.R. 145; *Gardner c. Merker* (1918), 43 O.L.R. 411; *Kennedy c. Anderson* (1919), 50 D.L.R. 105; *Gilmour c. Trustee Co. of Winnipeg*, [1923] 3 W.W.R. 177; *Thurston c. Streilen* (1950), 59 Man. R. 55; *Scholte c. Richardson*, [1951] O.R. 58; *Candler c. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426; *Cann c. Willson* (1888), 39 Ch. D. 39; *Heaven c. Pender* (1883), 11 Q.B.D. 503; *George c. Skivington* (1869), L.R. 5 Ex. 1; *Clark c. Kirby-Smith*, [1964] 2 All E.R. 835; *Kingu c. Walmar Ventures Ltd.* (1986), 38 C.C.L.T. 51.

Authors Cited

- Baker, J. H. *An Introduction to English Legal History*. London: Butterworths, 1979.
- Blom, Joost. "Remedies in Tort and Contract: Where is the Difference?". In Jeffrey Berryman, ed., *Remedies: Issues and Perspectives*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991, 395.
- Chitty on Contracts*, vol. I, 26th ed. By A. G. Guest. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Fifoot, C. H. S. *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract*. London: Stevens & Sons, 1949.
- French, Christine. "The Contract/Tort Dilemma" (1983), 5 *Otago L. Rev.* 236.
- Fuller, L. L., and W. R. Purdue, "The Reliance Interest in Contract Damages" (1936-37), 46 *Yale L.J.* 52 and 373.
- Johnson, Howard. "Contract and Tort: Orthodoxy Reasserted!" (1990), 9 *Int'l Banking L.* 306.
- Lewison, Kim. *The Interpretation of Contracts*. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- McLachlin, Beverley M., and Wilfred J. Wallace. *The Canadian Law of Architecture and Engineering*. Toronto: Butterworths, 1987.
- Baker, J. H. *An Introduction to English Legal History*. London: Butterworths, 1979.
- Blom, Joost. «Remedies in Tort and Contract: Where is the Difference?». In Jeffrey Berryman, ed., *Remedies: Issues and Perspectives*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991, 395.
- Chitty on Contracts*, vol. I, 26th ed. By A. G. Guest. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Fifoot, C. H. S. *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract*. London: Stevens & Sons, 1949.
- French, Christine. «The Contract/Tort Dilemma» (1983), 5 *Otago L. Rev.* 236.
- Fuller, L. L., and W. R. Purdue, «The Reliance Interest in Contract Damages» (1936-37), 46 *Yale L.J.* 52 and 373.
- Johnson, Howard. «Contract and Tort: Orthodoxy Reasserted!» (1990), 9 *Int'l Banking L.* 306.
- Lewison, Kim. *The Interpretation of Contracts*. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- McLachlin, Beverley M., and Wilfred J. Wallace. *The Canadian Law of Architecture and Engineering*. Toronto: Butterworths, 1987.

Doctrine citée

McLauchlan, D. W. "Assessment of Damages for Misrepresentations Inducing Contracts" (1987), 6 *Otago L. Rev.* 370.

McLauchlan, D. W. "Pre-Contract Negligent Misrepresentation" (1977), 4 *Otago L. Rev.* 23.

McLauchlan, D. W. «Assessment of Damages for Misrepresentations Inducing Contracts» (1987), 6 *Otago L. Rev.* 370.

McLauchlan, D. W. «Pre-Contract Negligent Misrepresentation» (1977), 4 *Otago L. Rev.* 23.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 145, 4 C.C.L.T. (2d) 161, 41 C.L.R. 1, [1990] 3 W.W.R. 690, reversing in part a judgment of Cohen J. (1988), 10 A.C.W.S. (3d) 312, [1988] B.C.D. Civ. 971-01, [1988] B.C.W.L.D. 2324, awarding damages for fraudulent misrepresentation. Appeal dismissed and cross-appeal allowed in part, Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting in part.

Glenn A. Urquhart, Arthur M. Grant and Gordon D. Phillips, for British Columbia Hydro and Power Authority.

Donald J. Sorochan, Q.C., Meredith A. Quartermain and Mari A. Worfolk, for BG Checo International Ltd.

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

LA FOREST AND MCLACHLIN JJ.—We have had the advantage of reading the reasons of our colleague Justice Iacobucci. We agree with his conclusion that Hydro is liable to Checo for breach of contract. We disagree, however, with his conclusion that the contract precludes Checo from suing in tort. In our view, our colleague's approach would have the effect of eliminating much of the rationalizing thrust behind the movement towards concurrency in tort and contract. Rather than attempting to establish new barriers to tort liability in contractual contexts, the law should move towards the elimination of unjustified differences between the remedial rules applicable to the two actions, thereby reducing the significance of the existence of the two different forms of action and

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 145, 4 C.C.L.T. (2d) 161, 41 C.L.R. 1, [1990] 3 W.W.R. 690, qui a infirmé en partie un jugement du juge Cohen (1988), 10 A.C.W.S. (3d) 312, [1988] B.C.D. Civ. 971-01, [1988] B.C.W.L.D. 2324, qui avait accordé des dommages-intérêts pour déclaration inexacte et frauduleuse. Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli en partie, les juges Sopinka et Iacobucci sont dissidents en partie.

Glenn A. Urquhart, Arthur M. Grant et Gordon D. Phillips, pour British Columbia Hydro and Power Authority.

Donald J. Sorochan, c.r., Meredith A. Quartermain et Mari A. Worfolk, pour BG Checo International Ltd.

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

LES JUGES LA FOREST ET MCLACHLIN—Nous avons eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de notre collègue le juge Iacobucci. Nous souscrivons à sa conclusion qu'Hydro est responsable envers Checo en raison d'une inexécution de contrat. Toutefois, nous ne partageons pas sa conclusion que le contrat empêche Checo d'exercer un recours en responsabilité délictuelle. À notre avis, la façon de voir de notre collègue aurait pour effet d'annuler en bonne partie la tendance à la rationalisation qui est derrière le mouvement vers la concomitance en matières délictuelle et contractuelle. Au lieu de tenter d'établir de nouveaux obstacles à la responsabilité délictuelle dans des contextes contractuels, le droit devrait tendre à l'élimination des différences injustifiées entre les règles relatives aux redressements applicables aux deux actions, ce qui réduirait l'importance de l'existence des deux formes d'action différentes et permettrait à un per-

allowing a person who has suffered a wrong full access to all relevant legal remedies.

The facts have been fully set out by our colleague and need not be repeated. The tender documents (subsequently incorporated in the contract) stated that clearing of the right-of-way would be done by others and formed no part of the work to be performed by Checo. The tender documents and contract documents also stated that it was Checo's responsibility to inform itself of all aspects of the work and that should any errors appear in the tender documents, or should Checo note any conditions conflicting with the letter or spirit of the tender documents, it was the responsibility of Checo to obtain clarification before submitting its tender. The tender documents also provided that Checo would satisfy itself of all site conditions and the correctness and sufficiency of the tender for the work and the stipulated prices.

Checo argues that the right-of-way was not properly cleared and that the statement in the tender documents and the contract that it had been cleared constituted a breach of contract and negligent misrepresentation.

Hydro argues first that it carried out the clearing required by clause 6.01.03 of the contract, and second, that in any event it was up to Checo to satisfy itself that the site was adequately cleared before tendering. In other words, if there was ambiguity as to what was meant by "cleared" Checo had assumed the risk of clearing which might not meet its expectations.

The trial judge found Hydro liable for the tort of deceit. The Court of Appeal found that the evidence fell short of supporting that finding, there being no evidence of intention to deceive. That conclusion cannot seriously be contested and Checo's cross-appeal on the issue of fraudulent misrepresentation must accordingly be dismissed. The only issues therefore are whether claims lie in

sonne qui a subi un préjudice d'avoir accès à tous les redressements judiciaires pertinents.

Notre collègue a présenté les faits de manière détaillée et il n'est pas nécessaire de les répéter. Le dossier d'appel d'offres (incorporé par la suite dans le contrat) prévoyait que le déboisement de l'emprise serait effectué par d'autres et ne faisait pas partie du travail que Checo devait exécuter. Le dossier d'appel d'offres et le contrat stipulaient également qu'il incombait à Checo de se renseigner sur tous les aspects des travaux et que, advenant le cas où il y aurait des erreurs dans le dossier, ou si Checo remarquait des conditions qui venaient en contradiction avec la lettre ou l'esprit du dossier, elle devait obtenir les explications voulues avant de présenter sa soumission. Le dossier d'appel d'offres prévoyait également que Checo devait vérifier l'état des lieux et s'assurer que sa soumission était exacte et complète au regard des travaux et des prix indiqués.

Checo soutient que l'emprise n'a pas été correctement déboisée et que la déclaration contenue dans le dossier d'appel d'offres et dans le contrat selon laquelle elle l'avait été constituée une inexécution du contrat et une déclaration inexacte faite par négligence.

Hydro soutient, premièrement, qu'elle a effectué le déboisement exigé par la clause 6.01.03 du contrat et, deuxièmement, que de toute façon il incombait à Checo de s'assurer que les lieux avaient été correctement déboisés avant de présenter sa soumission. En d'autres termes, s'il y avait ambiguïté quant à la signification du terme «déboisé», Checo avait assumé le risque d'un déboisement qui risquait de ne pas satisfaire à ses attentes.

Le juge de première instance a conclu qu'Hydro était responsable du délit civil de dol. La Cour d'appel a conclu que cette conclusion n'est pas étayée par la preuve puisqu'il n'y avait aucun élément de preuve de l'intention de tromper. Cette conclusion ne peut être sérieusement contestée et le pourvoi incident de Checo sur la question de la déclaration inexacte et frauduleuse doit donc être rejeté. Par conséquent, les seules questions soulevées sont de savoir s'il peut y avoir des recours en

contract and tort and if so, what is the measure of damages.

The Claim in Contract

The parties chose to set out their respective rights and obligations in the contract they signed. They chose to incorporate the tender documents into the contract. Thus all rights and obligations flowing from the tender documents onward are set by the parties' own agreement.

It follows that a court, in assessing the rights and obligations of the parties, must commence with the contract. It must look to what the parties themselves had to say about those rights and obligations.

This brings us to construction of the contract. The problem is that of reconciling provisions in the contract which are said to be inconsistent. One, the provision that placed on Hydro the obligation of clearing the right-of-way, was specific. Clause 6.01.03 stated that "[c]learing of the right-of-way and foundation installation has been carried out by others and will not form part of this Contract." It went on to state a limited exception for two areas, again drafted in specific terms: "Standing trees and brush have not been removed from the right-of-way in certain valley and gully crossings." The other relevant provisions are the general provisions placing on Checo the responsibility for any misunderstandings as to the conditions of the work or errors in the tender documents (clause 2.03), and for satisfying itself before bidding as to site conditions, quantities of work, etc., and requiring it to "obtain all necessary information as to risks, contingencies, and other circumstances which may influence or affect [its] Tender" (clause 4.04).

It is a cardinal rule of the construction of contracts that the various parts of the contract are to be interpreted in the context of the intentions of the

responsabilité contractuelle et en responsabilité délictuelle et, le cas échéant, quel est le montant des dommages-intérêts.

^a Le recours en responsabilité contractuelle

^b Les parties ont choisi d'énoncer leurs droits et obligations respectifs dans le contrat qu'elles ont signé. Elles ont choisi d'incorporer le dossier d'appel d'offres dans le contrat. Ainsi, tous les droits et obligations susceptibles de découler du dossier d'appel d'offres sont établis par l'entente entre les parties.

^c Il en découle qu'un tribunal doit d'abord se fonder sur le contrat pour évaluer les droits et les obligations des parties. Il doit tenir compte de ce que les parties elles-mêmes ont dit à ce sujet.

^d

^e Cela nous amène à l'interprétation du contrat. Le problème est de concilier des dispositions du contrat qui seraient incompatibles. L'une d'elles, la disposition qui imposait à Hydro l'obligation de déboiser l'emprise, était explicite. La clause 6.01.03 prévoyait que [TRADUCTION] «[l]e déboisement de l'emprise et l'installation des fondations ont été faits par d'autres et ne feront pas partie du présent contrat». Elle prévoyait également une exception qui visait deux domaines, encore une fois rédigée en termes explicites: [TRADUCTION] «Les arbres sur pied et les broussailles n'ont pas été enlevés de l'emprise dans certaines vallées et ravins.» Les autres dispositions pertinentes sont les dispositions générales en vertu desquelles Checo est responsable de toute méprise quant aux conditions d'exécution des travaux ou des erreurs dans le dossier d'appel d'offres (clause 2.03), et est tenue de se renseigner, avant de présenter sa soumission, sur les conditions des lieux, la quantité des travaux, etc., et d'[TRADUCTION] «obtenir tous les renseignements pertinents quant aux risques, imprévus et autres circonstances susceptibles d'avoir une incidence sur sa soumission» (clause 4.04).

^f Il existe une règle primordiale en interprétation des contrats selon laquelle les diverses parties du contrat doivent être interprétées dans le contexte

parties as evident from the contract as a whole: K. Lewison, *The Interpretation of Contracts* (1989), at p. 124; *Chitty on Contracts* (26th ed. 1989), vol. I, at p. 520. Where there are apparent inconsistencies between different terms of a contract, the court should attempt to find an interpretation which can reasonably give meaning to each of the terms in question. Only if an interpretation giving reasonable consistency to the terms in question cannot be found will the court rule one clause or the other ineffective: *Chitty on Contracts, supra*, at p. 526; Lewison, *supra*, at p. 206; *Git v. Forbes* (1921), 62 S.C.R. 1, *per* Duff J. (as he then was), dissenting, at p. 10, *rev'd* [1922] 1 A.C. 256; *Hassard v. Peace River Co-operative Seed Growers Association Ltd.*, [1954] 2 D.L.R. 50 (S.C.C.), at p. 54. In this process, the terms will, if reasonably possible, be reconciled by construing one term as a qualification of the other term: *Forbes v. Git*, [1922] 1 A.C. 256; *Cotter v. General Petroleum Ltd.*, [1951] S.C.R. 154. A frequent result of this kind of analysis will be that general terms of a contract will be seen to be qualified by specific terms—or, to put it another way, where there is apparent conflict between a general term and a specific term, the terms may be reconciled by taking the parties to have intended the scope of the general term to not extend to the subject-matter of the specific term.

Approaching the matter in this way, the provisions referred to above are capable of reconciliation. The parties agreed that Hydro should bear the responsibility of clearing the right-of-way. The only exception was as to the removal of trees and debris in certain valley and gully crossings. The general obligation of Checo for misunderstandings and errors in the tender documents and for satisfying itself as to the site, the work and all contingencies must not have been intended to negate the specific obligation for clearing which the contract placed squarely on the shoulders of Hydro. The failure to discharge that responsibility was not a “misunderstanding” or “error” in the tender documents within clause 2.03. Nor was it relevant to the tenderer’s inspection of the site or responsibil-

de l’intention des parties qui ressort de l’ensemble du contrat: K. Lewison, *The Interpretation of Contracts* (1989), à la p. 124; *Chitty on Contracts* (26^e éd. 1989), vol. I, à la p. 520. Lorsque des incompatibilités ressortent entre différentes conditions d’un contrat, le tribunal doit tenter de trouver une interprétation qui peut raisonnablement attribuer un sens à chacune des conditions en question. Le tribunal ne conclura à l’inapplicabilité d’une clause que s’il ne peut trouver une interprétation qui en rend les conditions raisonnablement compatibles: *Chitty on Contracts, op. cit.*, à la p. 526; Lewison, *op. cit.*, à la p. 206; *Git c. Forbes* (1921), 62 R.C.S. 1; le juge Duff (plus tard Juge en chef), dissident, à la p. 10, *inf. par* [1922] 1 A.C. 256; *Hassard c. Peace River Co-operative Seed Growers Association Ltd.*, [1954] 2 D.L.R. 50 (C.S.C.), à la p. 54. Dans ce processus, les conditions seront conciliées, dans la mesure du possible, par l’interprétation de l’une comme étant une restriction de l’autre: *Forbes c. Git*, [1922] 1 A.C. 256; *Cotter c. General Petroleum Ltd.*, [1951] R.C.S. 154. Il résulte fréquemment de ce genre d’analyse que des conditions générales d’un contrat seront considérées comme restreintes par des conditions spécifiques — ou, autrement dit, lorsqu’il y a apparence de conflit entre une condition générale et une condition explicite, elles peuvent être conciliées si l’on considère que les parties ont voulu que la condition générale ne s’applique pas à l’objet de la condition spécifique.

Si l’on examine la question de cette manière, les dispositions mentionnées précédemment peuvent être conciliées. Les parties ont convenu qu’Hydro se chargerait du déboisement de l’emprise. La seule exception visait l’enlèvement d’arbres et de débris dans certaines vallées et ravins. L’obligation générale de Checo en matière de méprise et d’erreurs dans le dossier d’appel d’offres et quant aux renseignements sur les lieux, les travaux et tous les imprévus n’a pas pu être conçue pour annuler l’obligation explicite de déboisement qui, en vertu du contrat, incombait nettement à Hydro. L’omission de s’acquitter de cette obligation ne constituait pas une «méprise» ou une «erreur» dans le dossier d’appel d’offres au sens de la clause 2.03. Elle ne se rapportait pas non plus à l’examen des

ity for risks and contingencies that might affect the bid within clause 4.04. Given the specific nature of Hydro's obligation to clear the right-of-way, the site inspection and contingencies referred to can reasonably be read as relating to matters other than clearing, which was a clearly assigned obligation and thus not a contingency. The same applies to the provision for preparation of the site (clause 7.01.02). In this way, the clause placing on Hydro the obligation to clear the right-of-way can be reconciled with the clauses placing on Checo the consequences of errors and misunderstandings in the tender documents and the obligation to satisfy itself as to the site, the work and contingencies.

We thus conclude that the contract required Hydro to clear the right-of-way as specified in clause 6.01.03 of the contract and that duty was not negated by the more general clauses relating to errors and misunderstandings in tendering, site conditions and contingencies. This was the view of the trial judge and the majority in the Court of Appeal. The trial judge, based on the evidence he heard, went on to define what "clearing" meant in the contract; it meant that "the right-of-way would be free of logs and debris." The majority of the Court of Appeal accepted this conclusion. So must we. Since it is not seriously contended that Hydro cleared the right-of-way to this standard, Hydro's breach of contract is established.

The plaintiff suing for breach of contract is to be put in the position it would have been in had the contract been performed as agreed. The measure of damages is what is required to put Checo in the position it would have been in had the contract been performed as agreed. If the contract had been performed as agreed, Hydro would have removed the logs and debris from the right-of-way. Checo would not have been required to do the additional work that was necessitated by reason of the work site being improperly cleared. It might also have

lieux par le soumissionnaire ni à sa responsabilité pour ce qui est des risques et imprévus susceptibles d'avoir une incidence sur la soumission au sens de la clause 4.04. Étant donné la nature spécifique de l'obligation d'Hydro de déboiser l'emprise, l'examen des lieux et l'évaluation des imprévus mentionnés peuvent raisonnablement être interprétés comme liés à des questions autres que le déboisement, qui, de toute évidence, était une obligation attribuée et non pas un imprévu. C'est le cas également de la disposition relative à la préparation des lieux (clause 7.01.02). Ainsi, la clause qui impose à Hydro l'obligation de déboiser l'emprise peut être conciliée avec les clauses qui imposent à Checo les conséquences des erreurs et des méprises dans le dossier d'appel d'offres et l'obligation de se renseigner sur les lieux, les travaux et les imprévus.

Par conséquent, nous concluons que le contrat exigeait qu'Hydro déboise l'emprise aux termes de la clause 6.01.03 et que cette obligation n'était pas écartée par les clauses plus générales relatives aux erreurs et aux méprises en ce qui concerne la soumission, l'état des lieux et les imprévus. Le juge de première instance et la Cour d'appel, à la majorité, étaient de cet avis. Le juge de première instance, sur le fondement de la preuve qui lui a été présentée, a défini le sens du terme «déboisement» dans le contrat; il signifiait que [TRADUCTION] «l'emprise serait dégagée des billes et des débris». La Cour d'appel, à la majorité, a accepté cette conclusion, ce que nous devons faire également. Étant donné qu'Hydro ne soutient pas sérieusement qu'elle a déboisé l'emprise selon cette norme, l'inexécution du contrat par Hydro est démontrée.

La partie qui intente une poursuite fondée sur l'inexécution du contrat doit être placée dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté comme convenu. Le montant des dommages-intérêts est celui qui est nécessaire pour placer Checo dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté comme convenu. Dans un tel cas, Hydro aurait enlevé les billes et les débris de l'emprise. Checo n'aurait pas été obligée de faire le travail supplémentaire qui s'imposait parce que les lieux n'avaient pas été déboi-

avoided certain overhead. The contract stipulated 15 percent for overhead and profit on extra work. Checo may be entitled to a portion of this sum for overhead. It would not be entitled to profit on the cost of clearing the right-of-way, since that would put Checo in a better position than it would have been had Hydro performed its contract; Checo never bargained for profit on this work, which was totally outside the parties' expectations. As will be explained in greater detail later in these reasons, we share Iacobucci J.'s view that if damages are to be assessed for breach of contract regarding the improper clearing of the work site, the case should be returned to trial for that to be done.

The Claim in Tort

The Theory of Concurrency

The first question is whether the contract precludes Checo from suing in tort.

Iacobucci J. concludes that a contract between the parties may preclude the possibility of suing in tort for a given wrong where there is an express term in the contract dealing with the matter. We would phrase the applicable principle somewhat more narrowly. As we see it, the right to sue in tort is not taken away by the contract in such a case, although the contract, by limiting the scope of the tort duty or waiving the right to sue in tort, may limit or negate tort liability.

In our view, the general rule emerging from this Court's decision in *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, is that where a given wrong *prima facie* supports an action in contract and in tort, the party may sue in either or both, except where the contract indicates that the parties intended to limit or negate the right to sue in tort. This limitation on the general rule of concurrency arises because it is always open to parties to limit

sés correctement. Elle aurait également peut-être pu éviter certains frais généraux. Le contrat prévoyait 15 pour 100 de frais généraux et de bénéfices pour le travail supplémentaire. Elle peut avoir droit à une partie de cette somme à titre de frais généraux. Elle n'aurait pas droit à des bénéfices sur le coût du déboisement de l'emprise, parce que cela la placerait dans une meilleure situation que si Hydro avait exécuté son contrat; Checo n'a jamais négocié en vue d'obtenir un bénéfice sur ces travaux, que les parties ne pouvaient absolument pas prévoir. Comme nous l'expliquerons de manière plus détaillée plus loin, nous partageons l'opinion du juge Iacobucci que, s'il doit y avoir évaluation de dommages-intérêts pour inexécution de contrat relativement au déboisement incomplet des lieux, l'affaire doit être renvoyée en première instance à cette fin.

Le recours en responsabilité délictuelle

La théorie de la concomitance

La première question est de savoir si le contrat empêche Checo d'exercer un recours en responsabilité délictuelle.

Le juge Iacobucci conclut qu'un contrat entre les parties peut empêcher un recours en responsabilité délictuelle relativement à un préjudice donné lorsque le contrat traite expressément de la question. Nous énoncerions le principe applicable d'une manière un peu plus restreinte. À notre avis, dans un tel cas, le contrat ne supprime pas le droit d'exercer un recours en responsabilité délictuelle, bien que, par la restriction de l'obligation en cette matière ou par la renonciation à ce droit, il puisse restreindre ou éliminer la responsabilité délictuelle.

À notre avis, la règle générale qui ressort de l'arrêt de notre Cour *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, est que, lorsqu'un préjudice permet à première vue d'étayer une action en responsabilité contractuelle et une action en responsabilité délictuelle, la partie peut exercer l'un ou l'autre recours ou les deux, sauf lorsque le contrat indique que les parties avaient l'intention de restreindre ou d'éliminer le droit d'intenter une action

or waive the duties which the common law would impose on them for negligence. This principle is of great importance in preserving a sphere of individual liberty and commercial flexibility. Thus if a person wishes to engage in a dangerous sport, the person may stipulate in advance that he or she waives any right of action against the person who operates the sport facility: *Dyck v. Manitoba Snowmobile Association Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 589. Similarly, if two business firms agree that a particular risk should lie on a party who would not ordinarily bear that risk at common law, they may do so. So a plaintiff may sue either in contract or in tort, subject to any limit the parties themselves have placed on that right by their contract. The mere fact that the parties have dealt with a matter expressly in their contract does not mean that they intended to exclude the right to sue in tort. It all depends on how they have dealt with it.

Viewed thus, the only limit on the right to choose one's action is the principle of primacy of private ordering—the right of individuals to arrange their affairs and assume risks in a different way than would be done by the law of tort. It is only to the extent that this private ordering contradicts the tort duty that the tort duty is diminished. The rule is not that one cannot sue concurrently in contract and tort where the contract limits or contradicts the tort duty. It is rather that the tort duty, a general duty imputed by the law in all the relevant circumstances, must yield to the parties' superior right to arrange their rights and duties in a different way. In so far as the tort duty is not contradicted by the contract, it remains intact and may be sued upon. For example, where the contractual limitation on the tort duty is partial, a tort action founded on the modified duty might lie. The tort duty as modified by the contractual agreement between the parties might be raised in a case where the limitation period for an action for breach of contract has expired but the limitation period for a tort action

en responsabilité délictuelle. Cette restriction à la règle générale de la concomitance est possible parce que les parties peuvent toujours limiter les obligations que la common law leur impose en matière de négligence, ou renoncer à celles-ci. Ce principe est très important pour la préservation d'un aspect de la liberté individuelle et de la souplesse commerciale. Ainsi, la personne qui désire pratiquer un sport dangereux peut au préalable renoncer au droit de poursuivre l'exploitant de l'installation sportive: *Dyck c. Manitoba Snowmobile Association Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 589. De même, si deux entreprises commerciales conviennent qu'une partie assumera un risque particulier qu'elle n'assumerait pas ordinairement en common law, elles peuvent le faire. Un demandeur peut donc intenter une action en responsabilité contractuelle ou délictuelle, sous réserve de toute restriction que les parties elles-mêmes ont imposée à ce droit aux termes du contrat. Le simple fait que les parties aient traité d'une question expressément dans leur contrat ne signifie pas qu'elles avaient l'intention d'exclure le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle. Cela dépend de la manière dont elles en ont traité.

Selon cette interprétation, la seule restriction imposée au droit de choisir un moyen d'action est le principe de la primauté du choix personnel—le droit des particuliers d'organiser leurs affaires et d'assumer les risques d'une manière différente de ce que prévoit le droit de la responsabilité délictuelle. C'est seulement dans la mesure où ce choix personnel déroge à l'obligation en responsabilité délictuelle que celle-ci est réduite. La règle n'est pas qu'on ne peut pas poursuivre à la fois en responsabilité contractuelle et en responsabilité délictuelle lorsque le contrat restreint une obligation en responsabilité délictuelle ou y déroge. C'est plutôt que cette dernière, une obligation générale qui découle de la loi dans toutes les circonstances pertinentes, doit céder devant le droit supérieur des parties d'organiser leurs droits et leurs obligations d'une manière différente. Dans la mesure où le contrat ne déroge pas à l'obligation en responsabilité délictuelle, celle-ci demeure intacte et elle ouvre droit à un recours. Par exemple, lorsque la restriction contractuelle de l'obligation en respon-

has not. If one says categorically, as we understand Iacobucci J. to say, that where the contract deals with a matter expressly, the right to sue in tort vanishes altogether, then the latter two possibilities vanish.

This is illustrated by consideration of the three situations that may arise when contract and tort are applied to the same wrong. The first class of case arises where the contract stipulates a more stringent obligation than the general law of tort would impose. In that case, the parties are hardly likely to sue in tort, since they could not recover in tort for the higher contractual duty. The vast majority of commercial transactions fall into this class. The right to sue in tort is not extinguished, however, and may remain important, as where suit in contract is barred by expiry of a limitation period.

The second class of case arises where the contract stipulates a lower duty than that which would be presumed by the law of tort in similar circumstances. This occurs when the parties by their contract indicate their intention that the usual liability imposed by the law of tort is not to bind them. The most common means by which such an intention is indicated is the inclusion of a clause of exemption or exclusion of liability in the contract. Generally, the duty imposed by the law of tort can be nullified only by clear terms. We do not rule out, however, the possibility that cases may arise in which merely inconsistent contract terms could negative or limit a duty in tort, an issue that may be left to a

sabilité délictuelle est partielle, un recours en responsabilité délictuelle fondé sur l'obligation modifiée pourrait peut-être être exercé. Il pourrait être possible de soulever l'obligation en responsabilité délictuelle modifiée par l'entente contractuelle entre les parties dans le cas où le délai de prescription relatif à une action en inexécution de contrat est expiré mais pas celui relatif à une action en responsabilité délictuelle. Si l'on dit de façon catégorique, comme le fait à notre avis le juge Iacobucci, que lorsque le contrat traite expressément d'une question, le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle disparaît complètement, alors ces deux dernières possibilités disparaissent.

Ce point est illustré par l'examen des trois catégories de cas susceptibles de se présenter lorsque les responsabilités contractuelle et délictuelle sont appliquées au même préjudice. La première survient lorsque le contrat prévoit une obligation plus stricte que ne l'imposerait le droit général de la responsabilité délictuelle. Dans un tel cas, les parties sont peu susceptibles d'exercer un recours en responsabilité délictuelle puisqu'elles ne pourraient recouvrer de dommages-intérêts relativement à l'obligation contractuelle supérieure. La grande majorité des opérations commerciales s'inscrivent dans cette catégorie. Toutefois, le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle n'est pas éteint, et il peut encore être important, par exemple dans le cas où il est impossible de poursuivre en responsabilité contractuelle parce que la période de prescription est écoulée.

La deuxième catégorie se présente lorsque le contrat prévoit une obligation moindre que celle qui découlerait du droit de la responsabilité délictuelle dans des circonstances semblables. Cela se produit lorsque les parties indiquent par leur contrat leur intention de ne pas être liées par la responsabilité qu'impose habituellement le droit de la responsabilité délictuelle. La façon la plus courante d'indiquer cette intention est l'inclusion d'une clause d'exemption ou d'exclusion de responsabilité dans le contrat. En règle générale, l'obligation qu'impose le droit de la responsabilité délictuelle ne peut être annulée que par des conditions claires. Nous n'écartons toutefois pas la pos-

case in which it arises. The issue raises difficult policy considerations, viz. an assessment of the circumstances in which contracting parties should be permitted to agree to contractual duties that would subtract from their general obligations under the law of tort. These important questions are best left to a case in which the proper factual foundation is available, so as to provide an appropriate context for the decision. In the second class of case, as in the first, there is usually little point in suing in tort since the duty in tort and consequently any tort liability is limited by the specific limitation to which the parties have agreed. An exception might arise where the contract does not entirely negate tort liability (e.g., the exemption clause applies only above a certain amount) and the plaintiff wishes to sue in tort to avail itself of a more generous limitation period or some other procedural advantage offered by tort.

The third class of case arises where the duty in contract and the common law duty in tort are co-extensive. In this class of case, like the others, the plaintiff may seek to sue concurrently or alternatively in tort to secure some advantage peculiar to the law of tort, such as a more generous limitation period. The contract may expressly provide for a duty that is the same as that imposed by the common law. Or the contractual duty may be implied. The common calling cases, which have long permitted concurrent actions in contract and tort, generally fall into this class. There is a contract. But the obligation under that contract is typically defined by implied terms, i.e., by the courts. Thus there is no issue of private ordering as opposed to publicly imposed liability. Whether the action is styled in contract or tort, its source is an objective

sibilité que de simples conditions contractuelles incompatibles puissent annuler ou restreindre une obligation en responsabilité délictuelle, question qu'il vaudrait mieux trancher lorsqu'elle se présente. La question soulève de difficiles considérations de principe, c'est-à-dire une évaluation des circonstances dans lesquelles les parties contractantes devraient pouvoir consentir à des obligations contractuelles qui réduiraient leurs obligations générales aux termes du droit de la responsabilité délictuelle. Il est préférable d'aborder ces questions seulement dans une affaire où on dispose des faits pertinents, de façon à fournir un contexte approprié à la décision. Dans la deuxième catégorie, comme dans la première, il est habituellement peu indiqué d'exercer un recours en responsabilité délictuelle puisque l'obligation en matière délictuelle, et par conséquent toute responsabilité délictuelle, est limitée par la restriction précise dont les parties ont convenu. Il pourrait y avoir une exception lorsque le contrat n'élimine pas entièrement la responsabilité délictuelle (p. ex., la clause d'exemption ne s'applique qu'au-delà d'un certain montant) et lorsque le demandeur désire exercer un recours en responsabilité délictuelle pour se prévaloir d'un délai de prescription plus généreux ou de tout autre avantage procédural offert par le droit de la responsabilité délictuelle.

La troisième survient lorsque l'obligation contractuelle et l'obligation de common law en responsabilité délictuelle coïncident. Dans cette catégorie, comme dans les autres, le demandeur peut chercher à intenter une action de façon concomitante ou subsidiaire en responsabilité délictuelle pour obtenir un certain avantage particulier au droit de la responsabilité délictuelle, comme un délai de prescription plus généreux. Le contrat peut prévoir expressément une obligation identique à celle qu'impose la common law. L'obligation contractuelle peut également être implicite. Les affaires touchant les professions publiques, qui ont depuis longtemps permis la concomitance d'actions en matières contractuelle et délictuelle, s'inscrivent généralement dans cette catégorie. L'existence d'un contrat est établie. Toutefois l'obligation aux termes du contrat est en règle générale déterminée selon des conditions impli-

expectation, defined by the courts, of the appropriate obligation and the correlative right.

The case at bar, as we see it, falls into this third category of case. The contract, read as we have proposed, did not negate Hydro's common law duty not to negligently misrepresent that it would have the right-of-way cleared by others. Had Checo known the truth, it would have bid for a higher amount. That duty is not excluded by the contract, which confirmed Hydro's obligation to clear the right-of-way. Accordingly, Checo may sue in tort.

We conclude that actions in contract and tort may be concurrently pursued unless the parties by a valid contractual provision indicate that they intended otherwise. This excludes, of course, cases where the contractual limitation is invalid, as by fraud, mistake or unconscionability. Similarly, a contractual limitation may not apply where the tort is independent of the contract in the sense of falling outside the scope of the contract, as the example given in *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.), of the captain of a vessel falling asleep and starting a fire in relation to a claim for cargo damage.

The Express-Implied Distinction

Our colleague asserts that where the parties deal with a matter expressly in their contract, all right to sue in tort is lost. We have suggested, with great respect, that this proposition is unnecessarily draconian. The converse of this proposition is that implied terms of contracts do not oust tort liability.

cites, c.-à-d., par les tribunaux. Par conséquent, il n'est pas question de choix des parties par opposition à la responsabilité générale. Que l'action soit fondée sur la responsabilité contractuelle ou délictuelle, elle résulte de ce que l'on attend objectivement, suivant la détermination des tribunaux, de l'obligation appropriée et du droit qui en découle.

À notre avis, l'espèce s'inscrit dans la troisième catégorie. Le contrat, interprété comme nous l'avons proposé, n'a pas éliminé l'obligation de common law d'Hydro de ne pas déclarer de façon inexacte et par négligence que l'emprise serait déboisée par d'autres. Si Checo avait connu la vérité, elle aurait présenté une soumission plus élevée. Cette obligation n'a pas été écartée par le contrat, qui confirmait l'obligation d'Hydro de déboiser l'emprise. Par conséquent, Checo peut exercer un recours en responsabilité délictuelle.

Nous concluons qu'il est possible d'intenter à la fois une action en responsabilité contractuelle et une action en responsabilité délictuelle, à moins que les parties n'indiquent, dans une disposition contractuelle valide, leur intention contraire. Il va sans dire que cela exclut les cas où la restriction contractuelle n'est pas valide, que ce soit pour cause de fraude, d'erreur ou d'iniquité. De même, une restriction contractuelle peut ne pas s'appliquer lorsque le délit est indépendant du contrat, en ce sens qu'il ne relève pas du contrat, comme l'exemple, donné dans l'arrêt *Elder, Dempster & Co. c. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.), du capitaine de navire qui s'est endormi et a provoqué un incendie, relativement à une réclamation pour avaries au chargement.

La distinction entre condition expresse et condition implicite

Notre collègue affirme que lorsque les parties traitent expressément d'une question dans leur contrat, elles perdent tout droit d'exercer un recours en responsabilité délictuelle. Avec égards, nous trouvons cette position inutilement draconienne. L'inverse de cette proposition est que les conditions implicites des contrats n'éliminent pas la responsabilité délictuelle.

Although Iacobucci J. states at p. 68 of his reasons that he is leaving open the question of “[w]hether or not an implied term of a contract can define a duty of care in such a way that a plaintiff is confined to a remedy in contract”, the distinction between implied and express terms figures in his discussion of the effect of contract terms on tort liability. For example, at p. 67 of his reasons, our colleague states:

The compromise position adopted by Le Dain J. was that any duty arising in tort will be concurrent with duties arising under the contract, unless the duty which the plaintiff seeks to rely on in tort is also a duty defined by an express term of the contract. [The emphasis is Iacobucci J.’s.]

It would seem to follow from this statement that concurrent duties in contract and tort would lie where the contract duty is defined by an implied term of the contract, but not where the term is express. In these circumstances, it is not amiss to consider the utility of the distinction between express and implied terms of the contract as a basis for determining when a contract term may affect tort liability.

In our view, using the express-implied distinction as a basis for determining whether there is a right to sue in tort poses a number of problems. The law has always treated express and implied contract terms as being equivalent in effect. Breach of an implied term is just as serious as breach of an express term. Moreover, it is difficult to distinguish between them in some cases. Implied terms may arise from custom, for example, or from the conduct of the parties. In some cases words and conduct intermingle. Why should parties who were so certain in their obligations that they did not take the trouble to spell them out find themselves able to sue in tort, while parties who put the same matters in writing cannot?

Bien que le juge Iacobucci dise, à la p. 68 de ses motifs, qu’il laisse à une détermination future la question de savoir si «une condition implicite d’un contrat [peut] être ou non déterminative d’une obligation de diligence de sorte que le demandeur est limité à un recours contractuel», la distinction entre des conditions implicites et expresses figure dans son analyse de l’effet des conditions du contrat sur la responsabilité délictuelle. Par exemple, notre collègue dit, à la p. 67 de ses motifs:

Suivant la position de compromis du juge Le Dain, les obligations délictuelles et contractuelles seront concomitantes sauf si l’obligation en responsabilité délictuelle qu’invoque le demandeur constitue également une obligation expressément prévue au contrat. [Souligné par le juge Iacobucci.]

Il semble découler de cet énoncé qu’il y aurait des obligations concomitantes en matières contractuelle et délictuelle lorsque l’obligation contractuelle découle d’une condition implicite du contrat, mais non s’il s’agit d’une condition expresse. Dans ces circonstances, il convient donc de tenir compte de l’utilité de la distinction entre les conditions expresses et implicites pour déterminer si une condition du contrat peut influencer sur la responsabilité délictuelle.

À notre avis, un certain nombre de problèmes découlent de l’utilisation de la distinction entre conditions expresses et implicites pour déterminer s’il existe un droit d’exercer un recours en responsabilité délictuelle. Le droit a toujours considéré les conditions expresses et implicites des contrats comme ayant un effet équivalent. La violation d’une condition implicite est tout aussi grave que la violation d’une condition expresse. Qui plus est, il est difficile d’établir une distinction entre elles dans certains cas. Par exemple, les conditions implicites peuvent découler de la coutume ou de la conduite des parties. Il arrive que les termes utilisés et la conduite s’entremêlent. Pourquoi des parties qui étaient si certaines de leurs obligations qu’elles n’ont pas pris la peine de les préciser devraient-elles être en mesure d’exercer des recours en responsabilité délictuelle alors que les parties qui ont prévu les mêmes par écrit ne le peuvent pas?

Nor is it evident to us that if parties to a contract choose to include an express term in the contract dealing with a particular duty relevant to the contract, they intended to oust the availability of tort remedies in respect of that duty. In such cases, the intention may more likely be:

(a) To make it clear that the parties understand particular contractual duties to exist as between them, rather than having the more uncertain situation of not knowing whether a court will imply a particular duty under the contract; and/or

(b) To prevent litigation (for breach of contract) in the event of disputes arising—the more certain the parties' respective rights and obligations (as is usually the case when those rights and obligations are set out in express contractual terms), the more likely it will be that disputes between the parties can be settled.

While the tort duty may be limited by the contractual terms so as to be no broader than the contract duty, there is no reason to suppose that merely by stipulating a duty in the contract, the parties intended to negate all possibility of suing in tort.

Indeed, a little further on in his reasons, our colleague appears to concede that the ouster of recourse to tort law must depend on more than the fact the contract has expressly dealt with the matter. He indicates at p. 69 of his reasons that whether the parties will be held to have intended to oust tort remedies in favour of contract remedies will depend on the context, including:

(a) whether the contract is commercial or non-commercial;

(b) whether the parties were of equal bargaining power;

Selon nous, il n'est pas évident non plus que, si les parties choisissent d'inscrire dans le contrat une condition expresse qui traite d'une obligation particulière pertinente, elles ont l'intention d'éliminer la possibilité des recours en responsabilité délictuelle relativement à cette obligation. Dans de tels cas, l'intention serait plutôt:

a) de préciser que les parties comprennent les obligations contractuelles particulières qui existent entre elles, plutôt que d'être dans la situation plus incertaine de ne pas savoir si un tribunal déduira une obligation particulière du contrat;

b) d'empêcher les litiges (fondés sur l'inexécution de contrat) en cas de conflit—plus les droits et les obligations des parties sont certains (comme c'est ordinairement le cas lorsque ces droits et obligations sont énoncés dans des conditions expresses du contrat), plus il sera possible de régler les conflits entre les parties.

Bien que l'obligation en responsabilité délictuelle puisse être limitée par les conditions contractuelles de façon que sa portée ne soit pas plus grande que celle de l'obligation contractuelle, il n'y a aucune raison de présumer que, par la simple stipulation d'une obligation dans le contrat, les parties ont eu l'intention d'éliminer toute possibilité de recours en responsabilité délictuelle.

En fait, un peu plus loin dans ses motifs, notre collègue semble admettre que l'élimination du recours au droit de la responsabilité délictuelle ne doit pas reposer sur le seul fait que le contrat traite expressément de la question. Il indique, à la p. 69 de ses motifs, que, pour déterminer si les parties sont réputées avoir eu l'intention d'éliminer les recours en responsabilité délictuelle et de leur préférer les recours en responsabilité contractuelle, il faut tenir compte du contexte, notamment:

a) s'il s'agit d'un contrat de nature commerciale ou non;

b) si les parties ont un pouvoir de négociation égal;

(c) whether the court is of the view that to find such an intention will lead to an unjust result in the court action.

Thus the question of whether a concurrent action in tort lies would depend not only on whether the contract expressly deals with the matter, but also on the elastic distinctions between commercial and non-commercial contracts, the court's perception of relative bargaining power, and finally, whether the court sees the result as just or unjust. We do not agree that parties contracting in a commercial context should be presumed to be more desirous of ousting the availability of tort remedies than parties contracting in a non-commercial context. If there are particular commercial relationships in which the parties wish remedies for disputes between them to be in contract only, then they may be expected to indicate this intention by including an express clause in the contract waiving the right to sue in tort. As for equality of bargaining power and the court's view of whether the result would be just or unjust, we fear they would introduce too great a measure of uncertainty. Parties should be able to predict in advance whether their remedies are confined to contract or whether they can sue concurrently in tort and contract. Finally, it seems to us that Iacobucci J.'s test for determining when concurrent liability is precluded will be difficult to apply in situations where the express contractual term does not exactly overlap a tort duty. In the present case, the contractual term was identical to the negligent misrepresentation, but that is not often to be expected.

The Authorities

The authorities, as we read them, do not support the conclusion that the express mention of a matter in the contract, and only its express mention in the contract, ousts any possibility of suing in tort. The opposing schools of thought on the concurrent lia-

c) si le tribunal est d'avis que conclure à l'existence d'une telle intention entraînerait un résultat injuste dans l'action devant le tribunal.

Par conséquent, la question de savoir si l'on peut intenter une action concomitante en responsabilité délictuelle dépendrait non seulement du fait que le contrat traite expressément ou non de la question, mais aussi de la souplesse des distinctions entre les contrats commerciaux et non commerciaux, de la perception qu'a le tribunal du pouvoir de négociation relatif des parties et, enfin, de l'opinion du tribunal quant à savoir si le résultat est juste ou injuste. Nous ne souscrivons pas à l'opinion qu'il y a lieu de présumer que les parties qui concluent un contrat en matière commerciale préconisent davantage l'élimination des recours en responsabilité délictuelle que les parties qui concluent un contrat dans un contexte non commercial. S'il existe des rapports commerciaux particuliers et que les parties souhaitent régler leurs litiges uniquement au moyen de recours contractuels, on s'attendrait à ce qu'elles l'indiquent par une clause expresse au contrat renonçant au droit à un recours en responsabilité délictuelle. En ce qui a trait à l'égalité du pouvoir de négociation et à l'opinion du tribunal quant à savoir si le résultat serait juste ou non, nous craignons que cela n'entraîne trop d'incertitude. Les parties devraient être en mesure de prédire si leurs recours se limitent à ceux prévus par le contrat ou s'il y a concomitance des recours en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle. Enfin, il nous semble que le critère utilisé par le juge Iacobucci pour déterminer quand la responsabilité concomitante est exclue sera difficile à appliquer dans les cas où la condition contractuelle expresse ne chevauche pas exactement une obligation en responsabilité délictuelle. En l'espèce, la condition contractuelle était identique à la déclaration inexacte faite par négligence, mais cela n'est pas susceptible d'arriver souvent.

i La jurisprudence

À notre avis, la conclusion que la mention expresse d'une question dans le contrat, et seulement celle-ci, écarte toute possibilité d'exercer un recours en responsabilité délictuelle n'est pas appuyée par la jurisprudence. Les écoles de pensée

bility issue have not been divided along such lines. Instead, the issue has been whether there should be concurrent liability where any term of a contract, either express or implied, deals with the same duty imposed by tort law. For example, in *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555 (H.L.), Viscount Simonds noted (at p. 573):

It is trite law that a single act of negligence may give rise to a claim either in tort or for breach of a term express or implied in a contract. [Emphasis added.]

Similarly, in *Canadian Indemnity Co. v. Andrews & George Co.*, [1953] 1 S.C.R. 19, Rand J. stated (at p. 26):

Where a contract expressly or by implication of fact provides for a performance with care, as in the case of carriers, the general duty is clearly not displaced and the person injured or damaged in property may sue either in contract or tort. [Emphasis added.]

On the other side of the concurrent liability debate, Wilson J.A. (as she then was), arguing in favour of liability lying in contract only, stated at p. 408 in her dissenting opinion in the Ontario Court of Appeal decision of *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385, aff'd *sub nom. Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346:

The borderline of contract and tort in my opinion exists where a contract either expressly or impliedly imposes on A a duty of care vis-à-vis B, the other party to the contract, to do the things undertaken by the contract without negligence and there is also coincidental with, but independent of, the contract a duty of care upon A in tort. . . . [W]here the person to whom the duty is owed, the scope of the duty and the standard of care have all been expressly or impliedly agreed upon by the parties, it appears to me somewhat artificial to rely upon Lord Atkin's "neighbour" test to determine whether or not the duty is owed to the particular plaintiff and as to

opposées sur la question de la responsabilité concomitante ne se sont pas divisées de cette façon. La question a plutôt été de savoir s'il doit y avoir responsabilité concomitante lorsqu'une condition du contrat, expresse ou implicite, traite de la même obligation que celle qu'impose le droit de la responsabilité délictuelle. Par exemple, dans l'arrêt *Lister c. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555 (H.L.), le vicomte Simonds a fait remarquer (à la p. 573):

[TRADUCTION] Il est bien établi en droit qu'un seul acte fautif peut donner lieu soit à une action délictuelle, soit à une action pour manquement à une condition expresse ou implicite d'un contrat. [Je souligne.]

De même, dans l'arrêt *Canadian Indemnity Co. c. Andrews & George Co.*, [1953] 1 R.C.S. 19, le juge Rand a dit (à la p. 26):

[TRADUCTION] Lorsqu'un contrat prévoit expressément ou par déduction de fait l'exécution d'un travail avec diligence, comme dans le cas des transporteurs, de toute évidence, il n'y a pas déplacement de l'obligation générale et la personne qui a subi un préjudice physique ou matériel peut intenter une action en responsabilité contractuelle ou délictuelle. [Je souligne.]

Représentant l'autre position dans le débat sur la concomitance des responsabilités, le juge Wilson (plus tard juge de notre Cour), à l'appui de la thèse selon laquelle la responsabilité découle seulement du contrat, a dit, à la p. 408 de son opinion dissidente dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Dominion Chain Co. c. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385, confirmé *sub nom. Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 R.C.S. 1346:

[TRADUCTION] À mon avis le cas limite de la responsabilité contractuelle et délictuelle survient lorsque le contrat impose à A de manière expresse ou implicite une obligation de diligence envers B, l'autre partie au contrat, de faire les choses prévues au contrat sans négligence, et qu'il se trouve dans le contrat simultanément, mais de façon indépendante, une obligation de diligence en matière délictuelle qui incombe à A. [. . .] [L]orsqu'il y a eu entente expresse ou implicite des parties quant à la personne envers qui l'obligation existe, à la portée de cette obligation et à la norme de diligence applicable, il m'apparaît quelque peu artificiel de recourir au critère

the requisite standard of care the defendant must attain. [Emphasis added.]

It is perhaps a source of some confusion that in the course of his judgment in *Central Trust Co. v. Rafuse*, *supra*, Le Dain J. stated (at p. 205):

Where the common law duty of care is co-extensive with that which arises as an implied term of the contract it obviously does not depend on the terms of the contract, and there is nothing flowing from contractual intention which should preclude reliance on a concurrent or alternative liability in tort.

In our view, this passage should not be read as predicating the availability of concurrent liability in contract and tort on whether the contractual term is express or implied. Le Dain J. is simply stating that tort liability lies where the contractual term is implied. He does not go on to state that tort liability is always excluded by an express contractual term. This happens only when the express contractual term negates the tort duty. Thus in his summary of the applicable rules, Le Dain J. refers to exclusion clauses—express contract terms that negate general liability—as the kind of contract clause that may oust tort liability.

Our colleague relies on a second passage from *Central Trust Co. v. Rafuse*, *supra*, at p. 205, for the proposition that an express contractual term always ousts tort liability:

What is undertaken by the contract will indicate the nature of the relationship that gives rise to the common law duty of care, but the nature and scope of the duty of care that is asserted as the foundation of the tortious liability must not depend on specific obligations or duties created by the express terms of the contract. It is in that sense that the common law duty of care must be independent of the contract. . . . A claim cannot be said to be in tort if it depends for the nature and scope of the asserted duty of care on the manner in which an obliga-

du «prochain» qu'a énoncé lord Atkin pour décider si l'obligation existe envers le demandeur en cause et déterminer quelle est la norme de diligence applicable au défendeur. [Je souligne.]

Il se dégage peut-être une certaine confusion des motifs du juge Le Dain dans l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, précité (à la p. 205):

Lorsque l'obligation de diligence en *common law* coïncide avec celle qui résulte d'une condition implicite du contrat, il est évident qu'elle ne dépend pas des conditions de ce contrat et il n'y a rien qui découle de l'intention des contractants qui devrait empêcher d'invoquer une responsabilité délictuelle concurrente ou alternative.

À notre avis, cet extrait ne devrait pas être interprété comme fondant la concomitance de la responsabilité contractuelle et délictuelle sur le fait que la condition du contrat est expresse ou implicite. Le juge Le Dain dit simplement qu'il y a recours en responsabilité délictuelle lorsque la condition contractuelle est implicite. Il n'ajoute pas que la responsabilité délictuelle est toujours exclue par une condition expresse du contrat. Ce n'est le cas que lorsque cette condition élimine l'obligation en responsabilité délictuelle. Par conséquent, dans son résumé des règles applicables, le juge Le Dain mentionne les clauses d'exclusion — les conditions expresses du contrat qui éliminent la responsabilité générale — comme le genre de clause du contrat susceptible d'écarter la responsabilité délictuelle.

Notre collègue se fonde sur un deuxième extrait de l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, précité, à la p. 205, pour appuyer l'argument selon lequel une condition contractuelle expresse écarte toujours la responsabilité délictuelle:

Les engagements stipulés dans le contrat révèlent la nature des liens dont découle l'obligation de diligence en *common law*, mais la nature et la portée de l'obligation de diligence invoquée comme fondement de la responsabilité délictuelle ne doivent pas dépendre d'obligations ou de devoirs précis créés expressément par le contrat. C'est dans ce sens que l'obligation de diligence en *common law* doit être indépendante du contrat. [. . .] On ne saurait affirmer qu'une réclamation est en matière délictuelle si elle tient, en ce qui concerne la nature et la

tion or duty has been expressly and specifically defined by a contract.

Again, with respect, our understanding of the passage is different. In our view, Le Dain J.'s use of the words "created" and "depends" indicates the meaning of this passage is simply that for concurrent tort liability to be available there must be a duty of care in tort that would exist even in the absence of the specific contractual term which created the corresponding contractual obligation.

This interpretation of *Rafuse* accords with the view taken in other cases that concurrent liability in tort and contract is available where the contractual obligation in question arises from an express term of the contract. For example, in *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554, the English Court of Appeal ruled that the plaintiffs were entitled to judgment against the defendant developers in either contract or tort where a house leased to the plaintiffs on a 999-year lease was gradually becoming uninhabitable due to instability of the land on which the house was built. The contractual obligation owed to the plaintiffs by the developers arose from an express warranty in the contract between the plaintiffs and the developers that the house had been built "in an efficient and workmanlike manner and of proper materials and so as to be fit for habitation . . ." (p. 563). This contractual obligation in effect corresponded with a tort duty "to examine with reasonable care the land, which in this case would include adjoining land, in order to see whether the site was one on which a house fit for habitation could safely be built" (p. 567).

Nor do we see the reference by Le Dain J. in *Rafuse* to *Jarvis v. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399 (C.A.), and other related English case law differentiating tort and contract, as supportive of a distinction between express and implied contractual terms. The issue in those cases was one of classifying the causes of action as

portée de l'obligation de diligence alléguée, à la façon dont une obligation a été expressément et précisément définie dans un contrat.

Encore une fois, avec égards, nous interprétons différemment cet extrait. À notre avis, l'utilisation par le juge Le Dain des termes « créés » et « tient » signifie simplement que, pour qu'il y ait une responsabilité délictuelle concomitante, il doit y avoir une obligation de diligence en matière délictuelle qui existerait même en l'absence de la condition contractuelle précise qui créait l'obligation contractuelle correspondante.

Cette interprétation de l'arrêt *Rafuse* est conforme à la position adoptée dans d'autres affaires selon laquelle il y a concomitance de la responsabilité en matières contractuelle et délictuelle lorsque l'obligation contractuelle en question découle d'une condition expresse du contrat. Par exemple, dans l'arrêt *Batty c. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554, la Cour d'appel d'Angleterre a jugé que les demandeurs devaient avoir gain de cause contre les promoteurs défendeurs selon la responsabilité contractuelle ou délictuelle parce que la maison qu'ils avaient louée pour 999 ans devenait graduellement inhabitable en raison de l'instabilité du terrain sur lequel elle avait été construite. L'obligation contractuelle que les promoteurs avaient envers les demandeurs découlait d'une garantie expresse du contrat conclu entre eux selon laquelle la maison avait été construite [TRADUCTION] « de façon efficiente et professionnelle avec des matériaux convenables, de manière à ce qu'elle soit habitable . . . » (à la p. 563). Cette obligation contractuelle correspondait en fait à une obligation délictuelle [TRADUCTION] « d'examiner avec un soin raisonnable le terrain, ce qui en l'espèce comprend le terrain voisin, pour voir si on peut y construire en toute sécurité une maison habitable » (à la p. 567).

Dans l'arrêt *Rafuse*, la mention par le juge Le Dain de l'arrêt *Jarvis c. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399 (C.A.), et d'autres arrêts anglais connexes établissant une différence entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle, n'appuie pas, à notre avis, une distinction entre les conditions contrac-

either tort or contract for procedural purposes under the successive County Courts Acts. Indeed, they may be seen as resting on the assumption that, apart from statutory prescription, concurrent actions may lie.

Summary

We conclude that neither principle, the authorities nor the needs of contracting parties support the conclusion that dealing with a matter by an express contract term will, in itself, categorically exclude the right to sue in tort. The parties may by their contract limit the duty one owes to the other or waive the right to sue in tort. But subject to this, the right to sue concurrently in tort and contract remains.

In the case at bar, the contract did not limit the duty of care owed by Hydro to Checo. Nor did Checo waive its common law right to bring such tort actions as might be open to it. It follows that Checo was entitled to claim against Hydro in tort.

Damages in Tort and Contract in this Case

The measure of damages in contract and for the tort of negligent misrepresentation are:

Contract: the plaintiff is to be put in the position it would have been in had the contract been performed as agreed.

Tort: the plaintiff is to be put in the position it would have been in had the misrepresentation not been made.

tuelles expresses et implicites. La question soulevée dans ces arrêts portait sur la qualification des causes d'action comme étant délictuelles ou contractuelles à des fins de procédure aux termes des lois successives sur les cours de comté. En fait, ils pourraient être considérés comme reposant sur l'hypothèse qu'il peut y avoir concomitance des actions, sauf dispositions législatives expresses à cet égard.

Résumé

Nous concluons que ni le principe, ni la jurisprudence ou la doctrine, ni les besoins des parties contractantes n'appuient la conclusion que le seul fait de traiter d'une question par une condition contractuelle expresse écartera de façon catégorique le droit d'exercer un recours en responsabilité délictuelle. Les parties peuvent limiter par contrat l'obligation que l'une a envers l'autre ou renoncer au droit d'exercer un recours en responsabilité délictuelle. Toutefois, sous réserve de cette conclusion, le droit d'intenter une action concomitante en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle s'applique toujours.

En l'espèce, le contrat ne restreignait pas l'obligation de diligence d'Hydro envers Checo. Checo n'a pas non plus renoncé à son droit de common law d'intenter les actions en responsabilité délictuelle dont elle pouvait disposer. Il en découle que Checo avait le droit d'exercer contre Hydro un recours en responsabilité délictuelle.

Dommages-intérêts en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle en l'espèce

L'évaluation des dommages en responsabilité contractuelle et relativement au délit civil de déclaration inexacte faite par négligence se fait de la façon suivante:

Contrat: le demandeur doit être placé dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté comme convenu.

Délit civil: le demandeur doit être placé dans la situation qui aurait été la sienne n'eût été la déclaration inexacte.

At trial the plaintiff relied primarily on fraudulent misrepresentation, with its claim in contract being in the alternative to the claim in tort. The apparent reason for this approach was that the plaintiff had calculated its damages in tort as exceeding the damages in contract. In situations of concurrent liability in tort and contract, however, it would seem anomalous to award a different level of damages for what is essentially the same wrong on the sole basis of the form of action chosen, though, of course, particular circumstances or policy may dictate such a course.

The trial judge found for the plaintiff in fraudulent misrepresentation, and seems at some points in his judgment to have accepted the argument of the plaintiff that but for the misrepresentation the plaintiff would not have entered into the contract with Hydro. Accordingly, Checo's damages were calculated on the basis of what Checo lost overall on the contract. The trial judge also awarded the plaintiff a 15 percent markup for overhead and profit. With respect, while including an amount for overhead is appropriate where the damages are assessed as equalling the costs to the plaintiff of entering a contract it would not otherwise have entered, including as well something for profit is not appropriate. The trial judge's purported justification for this part of the damage award is not convincing. To fit this part of the award within a tort analysis, one would have to assume that but for the misrepresentation the plaintiff would have increased its bid by exactly the amount of the loss, plus overhead and profit (and would have been awarded the contract). This assumption contradicts the apparent assumption by the trial judge at other points of his judgment that Checo would not have

En première instance, la demanderesse s'est fondée principalement sur la déclaration inexacte et frauduleuse, sa demande fondée sur le contrat étant subsidiaire à celle fondée sur la responsabilité délictuelle. Cette position découle apparemment du fait que la demanderesse avait calculé que ses dommages-intérêts en responsabilité délictuelle étaient supérieurs à ceux fondés sur le contrat. Cependant, dans des cas de responsabilité concomitante en matières délictuelle et contractuelle, il ne semblerait pas normal d'accorder des montants différents de dommages-intérêts pour ce qui constitue essentiellement le même préjudice sur le seul fondement de la forme d'action choisie, bien que, naturellement, des circonstances particulières ou des raisons de principe puissent dicter une telle façon de faire.

Le juge de première instance a conclu que la demanderesse a fait l'objet d'une déclaration inexacte et frauduleuse et semble à certains points dans son jugement avoir accepté l'argument de la demanderesse qu'elle n'aurait pas conclu de contrat avec Hydro n'eût été la déclaration inexacte. Par conséquent, le montant des dommages-intérêts de Checo a été calculé sur le fondement de l'ensemble de ses pertes qui découlent du contrat. Le juge de première instance a également accordé à la demanderesse une majoration de 15 pour 100 au titre des frais généraux et des bénéfiques. Avec égards, bien qu'il convienne d'inclure un montant pour couvrir les frais généraux lorsque l'évaluation des dommages-intérêts équivaut aux frais engagés par la demanderesse pour conclure un contrat qu'autrement elle n'aurait pas conclu, il ne convient pas d'inclure également un montant pour les bénéfiques. La justification proposée par le juge de première instance relativement à cette partie des dommages-intérêts n'est pas convaincante. Pour que cette partie de la décision s'inscrive dans le cadre d'une analyse fondée sur la responsabilité délictuelle, il faudrait présumer que n'eût été la déclaration inexacte, la demanderesse aurait augmenté sa soumission d'un montant équivalant exactement à celui de la perte, plus les frais généraux et les bénéfiques (et aurait obtenu le contrat). Cette hypothèse en contredit une autre sur laquelle le juge de première instance semble s'être fondé à

entered the contract had it known the true state of affairs.

The trial judge did not assess damages for breach of contract, whether for failure to clear the right-of-way or other contractual breaches (i.e., claims related to the costs of returned conductor material and fire-fighting costs that Hydro failed to pay). Although the trial judge did not clearly state why he was not awarding damages for breach of contract regarding the conductor material and fire-fighting costs, this result seems to be consistent with an assumption that but for the misrepresentation the plaintiff would not have entered into the contract with Hydro. Once damages in tort are awarded on that basis (taking into account the plaintiff's overall loss on the project), to also award the plaintiff damages for breach of contract regarding part of the plaintiff's losses on the contract would be to allow the plaintiff double recovery.

The majority in the Court of Appeal not only substituted a finding of negligent misrepresentation for a finding of fraudulent misrepresentation, but also made an express finding regarding what the plaintiff would have done had the misrepresentation not been made; contrary to the trial judge's apparent assumption, the plaintiff would have entered the contract but at a higher price. As Hinkson J.A., put it, writing for the majority:

The effect of [the] negligent misrepresentation was to induce the plaintiff to enter into a contract at a price less than it would have had it known the true facts.

((1990), 44 B.C.L.R. (2d) 145, at p. 158.)

Hinkson J.A. went on to find that the increase in Checo's bid had it known the true facts would

d'autres endroits dans son jugement, selon laquelle Checo n'aurait pas conclu le contrat si elle avait été au courant de la situation véritable.

Le juge de première instance n'a pas évalué les dommages-intérêts qui résultent de l'inexécution de contrat, que ce soit pour le non-déboisement de l'emprise ou pour toute autre violation du contrat (c.-à-d., les demandes relatives aux coûts du matériel de conducteurs qui a été remis et aux coûts de la lutte contre les incendies qu'Hydro n'a pas payés). Bien que le juge de première instance n'ait pas clairement dit pour quelles raisons il n'accordait pas de dommages-intérêts pour l'inexécution de contrat en ce qui concerne les coûts relatifs au matériel de conducteurs et à la lutte contre les incendies, ce résultat semble correspondre à l'hypothèse que, n'eût été la déclaration inexacte, la demanderesse n'aurait pas conclu de contrat avec Hydro. Si l'on accorde des dommages-intérêts sur ce fondement en responsabilité délictuelle (en tenant compte de la perte globale de la demanderesse relativement au projet), il y aurait double recouvrement par la demanderesse si on lui accordait également des dommages-intérêts pour inexécution de contrat en ce qui concerne une partie de ses pertes qui découlent du contrat.

La Cour d'appel, à la majorité, a non seulement remplacé une conclusion de déclaration inexacte et frauduleuse par une conclusion de déclaration inexacte faite par négligence, mais elle a également tiré une conclusion expresse relativement à ce que la demanderesse aurait fait n'eût été la déclaration inexacte; contrairement à l'hypothèse que semble avoir formulée le juge de première instance, la demanderesse aurait conclu le contrat mais à un prix plus élevé. Comme le juge Hinkson le dit au nom de la majorité:

[TRADUCTION] La déclaration inexacte faite par négligence a eu pour effet d'inciter la demanderesse à conclure un contrat à un prix inférieur à celui auquel elle aurait contracté si elle avait connu les faits véritables.

((1990), 44 B.C.L.R. (2d) 145, à la p. 158.)

Le juge Hinkson a conclu que l'augmentation de la soumission de Checo si elle avait connu les faits

have equalled the cost of the extra work made necessary by the improperly cleared work site, plus a 15 percent margin for overhead and profit.

As for breach of contract, the majority of the Court of Appeal referred the case back to trial for assessment of whether there was a breach of contract, and if so what is the proper assessment of damages. This referral back to trial was not stated to be limited to consideration of breaches of contract other than the failure to clear the right-of-way.

In the situation of concurrency, the main reason to expect a difference between tort and contract damages is the exclusion of the bargain elements in standard tort compensation. In the terminology of L. L. Fuller and W. R. Purdue, as set out in their article, "The Reliance Interest in Contract Damages" (1936-37), 46 *Yale L.J.* 52 and 373, contract is normally concerned with "expectation" damages while tort is concerned with "reliance" damages. The denial of "expectation" or "loss of bargain" damages in a misrepresentation case like the present will occur when it is concluded, for example, that but for the misrepresentation, no contract would have been entered at all; this was the situation that the Court found in *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 3 S.C.R. 3. The *Rainbow* assessment of damages can obviously lead to a different quantum of damages because this method frees the parties from the burden or benefit of the rest of their bargain. The assessment of damages in a *Rainbow* situation could be lower or higher than the contract damages depending on whether the contract was a good or bad bargain; see D. W. McLauchlan, "Assessment of Damages for Misrepresentations Inducing Contracts" (1987), 6 *Otago L. Rev.* 370, at pp. 375-78. We note that a tendency towards similar damages in tort and contract can be identified even in *Rainbow* situations; see J. Blom, "Remedies in Tort and Contract: Where is the Dif-

véritables aurait correspondu au coût du travail supplémentaire rendu nécessaire par le déboisement incomplet des lieux, plus une marge de 15 pour 100 au titre des frais généraux et des bénéfices.

En ce qui concerne l'inexécution du contrat, la Cour d'appel, à la majorité, a renvoyé l'affaire en première instance pour en vérifier l'existence et, le cas échéant, pour déterminer le montant des dommages-intérêts. Ce renvoi en première instance ne devait pas être limité à l'examen des inexécutions de contrat autres que le non-déboisement de l'emprise.

Dans le cas de la concomitance, la principale raison de s'attendre à une différence entre les dommages-intérêts en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle est l'exclusion des éléments du marché en cause dans l'indemnisation habituelle en matière délictuelle. Selon la terminologie établie par L. L. Fuller et W. R. Purdue dans leur article «The Reliance Interest in Contract Damages» (1936-37), 46 *Yale L.J.* 52 et 373, en matière contractuelle les dommages-intérêts sont normalement fondés sur l'[TRADUCTION] «attente», tandis qu'en matière délictuelle ils sont fondés sur la [TRADUCTION] «confiance». Le refus des dommages-intérêts fondés sur l'«attente» ou la «perte d'un marché» dans une affaire de déclaration inexacte comme en l'espèce se présentera lorsque l'on conclut, par exemple, que, n'eût été la déclaration inexacte, il n'y aurait pas eu de contrat; c'est la situation à laquelle la Cour a conclu dans l'arrêt *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 3 R.C.S. 3. L'évaluation faite dans *Rainbow* peut manifester un montant différent de dommages-intérêts parce que cette méthode libère les parties de la charge ou du bénéfice du reste de leur marché. L'évaluation des dommages-intérêts faite dans une situation où s'applique l'arrêt *Rainbow* pourrait être plus élevée ou moins élevée que les dommages-intérêts résultant d'un contrat selon que le contrat constituait un bon ou un mauvais marché; voir D. W. McLauchlan, «Assessment of Damages for Misrepresentations Inducing Contracts» (1987), 6 *Otago L. Rev.* 370, aux pp. 375 à

ference?" in J. Berryman, ed., *Remedies: Issues and Perspectives* (1991), 395, at pp. 401-2.

This is not a case like *Rainbow*. Here the evidence at trial concerning Checo's desire to break into the B.C. market already provides solid support for the conclusion reached by the Court of Appeal. On the basis of that evidence, and in light of the absence in the trial judge's reasons of a clear conclusion as to what Checo would have done had the misrepresentation not been made, the Court of Appeal was in our view justified in making its own finding that Checo would have entered the contract in any event, albeit at a higher bid. This conclusion having been reached, one would expect that the quantum of damages in tort and contract would be similar because the elements of the bargain unrelated to the misrepresentation are reintroduced. This means not giving the plaintiff compensation for any losses not related to the misrepresentation, but resulting from such factors as the plaintiff's own poor performance, or market or other forces that are a normal part of business transactions.

In tort, Checo is entitled to be compensated for all reasonably foreseeable loss caused by the tort. The Court of Appeal was of the view that Checo, had it known the true facts (i.e., had the tort not been committed) would have increased its bid by an amount equal to the cost of the extra work made necessary by the improperly cleared work site plus profit and overhead. Such loss was not too remote, being reasonably foreseeable. But to compensate only for the direct costs of clearing is to suggest that the only tort was the failure to clear. The real fault is that Hydro misrepresented the situation and Checo may have relied on that representation in

378. Nous remarquons qu'une tendance à la similitude des dommages-intérêts en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle peut exister même dans les situations où s'applique l'arrêt *Rainbow*; voir J. Blom, «Remedies in Tort and Contract: Where is the Difference?», dans J. Berryman, dir., *Remedies: Issues and Perspectives* (1991), 395, aux pp. 401 et 402.

Il ne s'agit pas ici d'une affaire semblable à l'arrêt *Rainbow*. En l'espèce, la preuve présentée en première instance en ce qui concerne le désir de Checo d'entrer sur le marché de la Colombie-Britannique appuie fortement la conclusion à laquelle est arrivée la Cour d'appel. Sur le fondement de cette preuve et compte tenu de l'absence dans les motifs du juge de première instance d'une conclusion claire sur ce que Checo aurait fait n'eût été la déclaration inexacte, la Cour d'appel était justifiée, à notre avis, de dire que Checo aurait conclu le contrat de toute manière, mais à un prix plus élevé. Une fois que nous aboutissons à cette conclusion, on s'attendrait à ce que le montant des dommages-intérêts en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle soient semblables parce que les éléments du marché qui n'ont aucun lien avec la déclaration inexacte sont réintroduits. Cela signifie ne pas accorder au demandeur d'indemnisation pour des pertes qui n'ont rien à voir avec la déclaration inexacte, mais qui découlent de facteurs comme le mauvais rendement du demandeur lui-même ou les forces du marché ou d'autres forces qui interviennent habituellement dans les opérations commerciales.

En responsabilité délictuelle, Checo a droit à être indemnisée de toutes les pertes raisonnablement prévisibles causées par le délit. La Cour d'appel était d'avis que, si elle avait été au courant des faits véritables (c.-à-d., s'il n'y avait pas eu de délit), Checo aurait augmenté le montant de sa soumission du coût des travaux additionnels rendus nécessaires par le déboisement incomplet des lieux, plus les bénéfices et les frais généraux. Une perte de ce genre n'était pas trop indirecte puisque elle était raisonnablement prévisible. Toutefois, accorder une indemnisation seulement pour les coûts directs de déboisement équivaut à dire que le

performing its other obligations under the contract. For example, having to devote its resources to that extra work might have prevented Checo from meeting its original schedule, thereby resulting in Checo incurring acceleration costs in order to meet the contract completion date. Such costs would also arguably be reasonably foreseeable. In our view, the matter should be referred back to the trial division for determination of whether any such indirect losses were the foreseeable results of the misrepresentation.

There remains the issue of assessment of damages for breach of contract. As implied above, it appears that the majority of the Court of Appeal intended to remit all breach of contract claims to trial, including the breach of contract claim related to the obligation of Hydro to have the work site cleared by others. We agree that this is the most appropriate disposition with respect to the breach of contract claims. On the claim for breach of contract Checo is to be put in the position it would be in had the work site been cleared properly, and is therefore to be reimbursed for all expenses incurred as a result of the breach of contract, whether expected or not, except, of course, to the extent that those expenses may have been so unexpected that they are too remote to be compensable for breach of contract. We note that in this respect the test for remoteness in contract may be of no practical difference from the test of reasonable foreseeability applicable in tort: see *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633, at p. 673, and *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, at pp. 243-44. Viewed thus, the damages in contract would include not only the costs flowing directly from the improperly cleared work site, but also consequent indirect

délict consistait simplement à ne pas avoir déboisé. La véritable faute est qu'Hydro a fait une déclaration inexacte concernant la situation et que Checo peut s'être fiée à cette déclaration pour exécuter ses autres obligations découlant du contrat. Par exemple, le fait de devoir consacrer ses ressources à ces travaux additionnels peut avoir empêché Checo de respecter son calendrier initial, entraînant ainsi des coûts d'accélération des travaux pour lui permettre de suivre les échéances. On pourrait dire que ces coûts sont raisonnablement prévisibles. À notre avis, la question devrait être renvoyée au tribunal de première instance pour qu'il détermine si ces pertes indirectes étaient les résultats prévisibles de la déclaration inexacte.

Il reste à trancher la question de l'évaluation des dommages-intérêts qui résultent de l'inexécution de contrat. Comme nous l'avons laissé entendre précédemment, la Cour d'appel, à la majorité, semble avoir eu l'intention de renvoyer en première instance toutes les demandes fondées sur l'inexécution de contrat, y compris celle ayant trait à l'obligation d'Hydro de faire déboiser les lieux par d'autres. À notre avis, c'est la décision qui convient le mieux pour ce qui est des demandes fondées sur l'inexécution de contrat. Pour ce qui est de la réclamation pour inexécution de contrat, Checo doit être placée dans la situation qui aurait été la sienne si les lieux avaient été déboisés de façon adéquate, et elle doit donc recouvrer tous les frais engagés par suite de l'inexécution de contrat, prévus ou non, sauf, évidemment, dans la mesure où ces frais étaient si imprévus qu'ils sont trop indirects pour faire l'objet d'un remboursement pour inexécution de contrat. Nous remarquons qu'à cet égard le critère relatif au caractère indirect en matière contractuelle peut ne pas être différent, en pratique, du critère de la prévisibilité raisonnable en matière délictuelle: voir *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, à la p. 673, et *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, aux pp. 243 et 244. Ainsi, les dommages-intérêts en matière contractuelle comprendraient non seulement les frais découlant directement du déboisement incomplet des lieux, mais aussi les frais indirects corollaires comme les

costs such as acceleration costs due to delays in construction.

Conclusion

We would dismiss the appeal, allow the cross-appeal in part and refer the question of damages in tort and contract to the trial division to be reassessed in accordance with the principles set forth in these reasons.

The reasons of Sopinka and Iacobucci JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting in part)—The narrow question raised by this appeal is what remedy should be available for pre-contractual representations made during the tendering process. This question also raises a more general and more important issue. In light of the decision of this Court in *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, can a plaintiff who is in a contractual relationship with the defendant sue the defendant in tort if the duty relied upon by the plaintiff in tort is also made a contractual duty by an express term of the contract?

I. Facts

The appellant and respondent on the cross-appeal, B.C. Hydro and Power Authority, is a British Columbia Crown corporation. The respondent and appellant on the cross-appeal, BG Checo International Ltd., is a large corporation in the business of constructing electrical transmission lines and distribution systems. I will refer to the parties as “Hydro” and “Checo”, respectively.

In November of 1982, Hydro called for tenders to erect transmission towers and to string transmission lines. In December 1982, prior to submitting its tender for the contract, Checo’s representative inspected the area by helicopter. He noted that the right-of-way had been partially cleared, and also noted evidence of ongoing clearing activity. The

frais d’accélération des travaux entraînés par les retards dans la construction.

Conclusion

Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi, d’accueillir le pourvoi incident en partie et de renvoyer la question des dommages-intérêts en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle devant le tribunal de première instance pour qu’ils soient réévalués conformément aux principes énoncés dans les présents motifs.

Version française des motifs des juges Sopinka et Iacobucci rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident en partie)—La question que soulève le présent pourvoi est celle, limitée, du recours possible dans le cas de déclarations précontractuelles faites dans le cadre d’un appel d’offres. Mais elle revêt également un aspect plus général et plus important. Compte tenu de l’arrêt de notre Cour *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, le demandeur qui a des liens contractuels avec le défendeur peut-il exercer contre ce dernier un recours en responsabilité délictuelle si l’obligation sur laquelle il fonde son recours constitue également, aux termes mêmes du contrat, une obligation contractuelle?

I. Les faits

L’appelante et intimée dans le pourvoi incident, B.C. Hydro and Power Authority, est une société d’État de la Colombie-Britannique. L’intimée et appelante dans le pourvoi incident, BG Checo International Ltd., est une grande entreprise œuvrant dans la construction de lignes de transport d’électricité et de réseaux de distribution. Je les désignerai ci-après sous les noms de «Hydro» et «Checo», respectivement.

En novembre 1982, Hydro a lancé un appel d’offres pour l’érection de pylônes et la pose de lignes de transport d’électricité. En décembre 1982, avant que la soumission de l’entreprise soit présentée, un représentant de Checo a inspecté les lieux par hélicoptère. Il a observé que l’emprise avait été partiellement déboisée et que des activités

representative assumed that the right-of-way would be further cleared prior to the commencement of Checo's work. On January 2, 1983, Checo submitted its tender, and on February 15, 1983, Hydro accepted Checo's tender and the parties entered into a written contract. Checo contracted to construct 130 towers and install insulators, hardware and conductors over 42 kilometres of right-of-way near Sechelt, British Columbia.

In fact, no further clearing of the right-of-way ever took place. The "dirty" condition of the right-of-way caused Checo a number of difficulties in completing its work. Checo sued Hydro seeking damages for negligent misrepresentation, or, in the alternative, for breach of contract.

The evidence at trial indicated that Hydro had contracted the clearing out to another company, and that, to Hydro's knowledge, the work was not done adequately. There was no direct discussion between the representatives of Checo and Hydro concerning this issue. There was evidence led at trial that the contract between the parties did not specify clearing standards with the same degree of detail as was present in similar contracts entered into by Hydro.

During the trial, Hydro tendered documents in evidence which Checo had unsuccessfully attempted to discover. These documents indicated that Hydro was aware of the problem with the clearing and of the impact that these problems would have on the successful tenderer. As a result, Checo amended its statement of claim to include a claim in fraud.

The trial judge found that Hydro had acted fraudulently in its dealings with Checo and awarded Checo \$2,591,580.56, being "the total loss suffered by [Checo] as a result of being fraudulently induced to enter into this contract". Hydro appealed to the Court of Appeal for British Columbia, which rejected the finding of fraud, but found that there had been a negligent misrepresentation which induced Checo to enter into the contract.

de déboisement s'y poursuivaient. Il a donc présumé que l'emprise serait plus amplement déboisée avant que Checo n'entreprenne les travaux. Checo a présenté sa soumission le 2 janvier 1983, Hydro l'a acceptée le 15 février 1983 et les parties ont conclu un contrat écrit. Checo s'engageait à construire 130 pylônes et à installer des isolants électriques, de l'équipement technique et des conducteurs sur une emprise longue de 42 kilomètres près de Sechelt, en Colombie-Britannique.

Dans les faits, l'emprise n'a jamais fait l'objet d'autres travaux de déboisement. La [TRADUCTION] «malpropreté» de l'emprise a occasionné à Checo de nombreuses difficultés dans l'exécution des travaux. Checo a poursuivi Hydro en dommages-intérêts pour déclaration inexacte faite par négligence ou, subsidiairement, pour inexécution de contrat.

Il est ressorti de la preuve présentée au procès qu'Hydro avait accordé un sous-contrat de déboisement à une autre compagnie, qui n'avait pas, à sa connaissance, effectué les travaux de façon satisfaisante. Il n'y a pas eu de discussions directes à ce sujet entre les représentants de Checo et d'Hydro. Selon la preuve présentée en première instance, le contrat intervenu entre les parties ne comportait pas, quant aux normes de déboisement, autant de précision que d'autres contrats analogues conclus par Hydro.

Au cours du procès, Hydro a déposé en preuve des documents que Checo avait vainement tenté d'obtenir. D'après ces documents, Hydro était au courant du problème de déboisement et des conséquences que cette situation risquait d'entraîner pour l'adjudicataire. Checo a en conséquence modifié sa déclaration pour y inclure une allégation de fraude.

Le juge de première instance a conclu qu'Hydro avait agi frauduleusement dans ses rapports avec Checo et a accordé à celle-ci 2 591 580,56 \$, soit [TRADUCTION] «la perte totale subie par [Checo] pour avoir été frauduleusement amenée à conclure ce contrat». Hydro a interjeté appel auprès de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui a rejeté la conclusion relative à la fraude mais a estimé qu'il y avait eu déclaration inexacte faite

The Court of Appeal awarded the sum of \$1,087,729.81, for the misrepresentation, and referred the question of breach of contract and damages flowing therefrom to the British Columbia Supreme Court. Checo's cross-appeal for punitive damages and for a higher scale of costs was dismissed: (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 145, 4 C.C.L.T. (2d) 161, 41 C.L.R. 1, [1990] 3 W.W.R. 690.

It will be helpful to set out the relevant provisions of the contract. The terms of the contract, No. HA-8071, are identical to the tender documents. The critical clauses are 2.03, 4.04 and 6.01.03. I have highlighted that portion of clause 6.01.03 which Checo alleges founds the misrepresentation by Hydro.

2.03 TENDERER'S RESPONSIBILITY

It shall be the Tenderer's responsibility to inform himself of all aspects of the Work and no claim will be considered at any time for reimbursement for any expenses incurred as a result of any misunderstanding in regard to the conditions of the Work. Should any details necessary for a clear and comprehensive understanding be omitted or any error appear in the Tender Documents or should the Tenderer note facts or conditions which in any way conflict with the letter or spirit of the Tender Documents, it shall be the responsibility of the Tenderer to obtain clarifications before submitting his Tender. [There follows some technical details.]

Neither B.C. Hydro nor the Engineer shall be responsible for any instructions or information given to any Tenderer other than by the Purchasing Agent, in accordance with this Clause.

4.04 INSPECTION OF SITE AND SUFFICIENCY OF TENDER

The Contractor shall inspect and examine the Site and its surroundings and shall satisfy himself before submitting his Tender as to the nature of the ground and sub-soil, the form and nature of the Site, the quantities and nature of work and materials necessary for completion of the Work, the means of access to the Site, the accommodation and facilities he may require, and in general

par négligence ayant amené Checo à conclure le contrat. La Cour d'appel a accordé à ce titre la somme de 1 087 729,81 \$ et a renvoyé la question de l'inexécution du contrat et des dommages en résultant à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Le pourvoi incident par lequel Checo demandait des dommages-intérêts punitifs et un barème de dépens plus élevé a été rejeté: (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 145, 4 C.C.L.T. (2d) 161, 41 C.L.R. 1, [1990] 3 W.W.R. 690.

Il est utile de reproduire les clauses pertinentes du contrat. Les clauses du contrat n° HA-8071 sont identiques à celles du dossier d'appel d'offres. Les clauses cruciales sont les clauses 2.03, 4.04 et 6.01.03. J'ai souligné la partie de la clause 6.01.03 sur laquelle Checo s'appuie pour alléguer qu'il y a eu déclaration inexacte de la part d'Hydro.

[TRADUCTION]

2.03 RESPONSABILITÉ DU SOUMISSIONNAIRE

Il est de la responsabilité du soumissionnaire de se renseigner sur tous les aspects des travaux, et aucune demande de remboursement des dépenses engagées par suite d'une méprise quant aux conditions d'exécution des travaux ne sera prise en considération. Advenant le cas où le dossier d'appel d'offres omettrait des détails nécessaires à une bonne compréhension de ses dispositions ou contiendrait des erreurs, ou encore si le soumissionnaire remarque des faits ou des conditions qui viennent en contradiction avec la lettre ou l'esprit du dossier, c'est au soumissionnaire qu'il incombe d'obtenir les explications voulues avant de présenter sa soumission. [Suivent certains détails techniques.]

Ni B.C. Hydro ni l'ingénieur ne sont responsables des consignes ou renseignements donnés au soumissionnaire par toute personne autre que l'acheteur, conformément à la présente clause.

4.04 EXAMEN DES LIEUX ET ADÉQUATION DE LA SOUMISSION

L'entrepreneur doit, par visite et examen des lieux et des environs, se renseigner, avant de présenter sa soumission, sur la nature du sol et du sous-sol, la morphologie des lieux, la quantité et la nature des travaux et des matériaux nécessaires à leur exécution, les voies d'accès aux lieux, les installations requises, et, de façon générale, obtenir tous les renseignements perti-

shall himself obtain all necessary information as to risks, contingencies, and other circumstances which may influence or affect his Tender. Without limiting the generality of the foregoing, the Contractor shall satisfy himself of any special risks, contingencies, regulations, safety requirements, and other circumstances which may be encountered. ^a

The Contractor shall be deemed to have satisfied himself before tendering as to the correctness and sufficiency of his Tender for the Work and of the prices stated in the Schedule of Prices which prices shall (except insofar as it is otherwise provided in the Contract) cover all his obligations under the Contract and all matters and things necessary for the proper execution of the Work. ^b ^c

6.01.03 WORK DONE BY OTHERS

Clearing of the right-of-way and foundation installation has been carried out by others and will not form part of this Contract. ^d

Standing trees and brush have not been removed from the right-of-way in certain valley and gully crossings. The Contractor shall be responsible for such further site preparation as required by Section 7.01. [Emphasis added.] ^e

7.01.02 PREPARATION OF THE SITE

The Contractor shall carry out any preparation of the Site, including removal of logs, stumps and boulders, as is necessary to perform his operations. ^f

The Contractor shall ensure that the transmission line is protected from possible slides, wash-outs or other hazards resulting from his road construction, grading, benching, and other site preparation work and operations. Surface drainage shall be directed away from any structure foundations and guy anchors. ^g ^h

Any condition resulting from the Contractor's work and which, in the opinion of the Engineer constitutes a hazard to the transmission line shall be corrected to the satisfaction of the Engineer. ⁱ

II. Judgments in the Courts Below

A. *Supreme Court of British Columbia* (Vancouver Reg. No. C864116, June 10, 1988) ^j

nents quant aux risques, imprévus et autres circonstances susceptibles d'avoir une incidence sur sa soumission. Sans que soit limitée la portée générale de ce qui précède, l'entrepreneur doit s'informer sur tout risque, imprévu, exigence en matière de sécurité et règlement particuliers ainsi que toute autre circonstance à laquelle il peut avoir à faire face.

L'entrepreneur est réputé s'être assuré, avant de présenter sa soumission, qu'elle est exacte et complète en ce qui concerne les travaux et les prix indiqués en annexe, lesquels (sauf indication contraire du contrat) doivent couvrir toutes les obligations qui lui incombent en vertu du contrat et toute chose nécessaire à l'exécution des travaux.

6.01.03 TRAVAUX DÉJÀ EXÉCUTÉS

Le déboisement de l'emprise et l'installation des fondations ont été faits par d'autres et ne feront pas partie du présent contrat.

Les arbres sur pied et les broussailles n'ont pas été enlevés de l'emprise dans certaines vallées et ravins. L'entrepreneur est responsable de tous travaux supplémentaires de préparation des lieux exigés conformément à l'article 7.01. [Je souligne.]

7.01.02 PRÉPARATION DES LIEUX

L'entrepreneur doit veiller à la préparation des lieux, y compris à l'enlèvement des billes, des souches et des blocs rocheux, dans la mesure nécessaire à l'exécution des travaux.

L'entrepreneur doit veiller à ce que la ligne de transport d'électricité soit protégée contre tout glissement, érosion ou autre danger résultant de la construction de routes, du terrassement, de l'aménagement de banquettes et autres travaux préparatoires. Le drainage de surface ne doit pas s'effectuer en direction des fondations et des ancrages de hauban.

Toute condition résultant des travaux de l'entrepreneur et qui, de l'avis de l'ingénieur, représente un danger pour la ligne de transport d'électricité doit être corrigée à la satisfaction de l'ingénieur.

II. Décisions des instances inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, Reg. de Vancouver n° C864116, 10 juin 1988

The trial began in November of 1987 and ended in April of 1988, taking 28 days in total. Cohen J. delivered his reasons on June 10, 1988. Checo's original claim was for breach of contract or, in the alternative, negligent misrepresentation. In the middle of the trial, Checo amended its statement of claim to advance a claim of fraudulent misrepresentation.

The trial judge found that Hydro knew and failed to disclose to Checo the problems with the clearing contractors, that the right-of-way was improperly cleared, and that merchantable logs, which Hydro intended to salvage, remained on the right-of-way. The trial judge also found that Hydro knew that the effect of the inadequate clearing would be to increase the costs of construction. He then turned to a consideration of the issue of fraud. Citing the principles set out in *K.R.M. Construction Ltd. v. British Columbia Railway Co.* (1981), 18 C.L.R. 159 (B.C.S.C.), at p. 169; (1982), 18 C.L.R. 159 (B.C.C.A.), at p. 277, Cohen J. was satisfied that Hydro was guilty of fraudulent misrepresentation.

It was significant to him that, in another contract for similar installations, Hydro included, in a paragraph "virtually identical" to s. 6.01.03, the words "logs and old logging slash will be on the right-of-way in some areas". Cohen J. concluded (at pp. 61-62):

... the decision to remove any reference in clause 6.01.03 of [Checo's] contract to logs remaining on the right-of-way was deliberate. Foxall [an employee of Hydro] insisted that it was not necessary to include any words of warning in [Checo's] contract because the existence of logs on the right-of-way would be obvious to a tenderer viewing the right-of-way. However, when I consider that words warning of logs remaining on the right-of-way were excluded when [Hydro's] clearing standards allowed for logs to be left on the right-of-way, a fact not disclosed in the tender documents, [Hydro] knew merchantable logs were left on the right-of-way, knew of problems with clearing contractors not clearing to specifications, and knew of the delays and extra costs

Commencé en novembre 1987, le procès s'est terminé en avril 1988, pour un total de 28 jours d'audience. Le juge Cohen a prononcé ses motifs le 10 juin 1988. Dans sa déclaration initiale, Checo alléguait l'inexécution du contrat ou, subsidiairement, la déclaration inexacte faite par négligence. En cours d'audience, elle a apporté une modification pour alléguer la déclaration inexacte et frauduleuse.

Le juge de première instance a tenu pour avéré qu'Hydro savait qu'il y avait eu des problèmes avec les entrepreneurs en déboisement, que l'emprise n'était pas convenablement déboisée, et que des billes marchandes, qu'elle entendait récupérer, étaient restées sur le terrain, problèmes dont elle a omis de prévenir Checo. Le juge de première instance a également conclu qu'Hydro savait que le déboisement inadéquat aurait pour effet d'accroître les coûts de construction. Il a ensuite examiné la question de la fraude. Citant les principes énoncés dans l'affaire *K.R.M. Construction Ltd. c. British Columbia Railway Co.* (1981), 18 C.L.R. 159 (C.S.C.-B.), à la p. 169; (1982), 18 C.L.R. 159 (C.A.C.-B.), à la p. 277, le juge Cohen a acquis la conviction qu'Hydro s'était rendue coupable de déclaration inexacte et frauduleuse.

Il était révélateur, selon lui, que dans un autre contrat pour des installations similaires, Hydro a prévu, dans un paragraphe [TRADUCTION] «pratiquement identique» à la clause 6.01.03, qu'[TRADUCTION] «il y aura par endroits sur l'emprise des billes et des vieux déchets de coupe». Le juge Cohen a conclu (aux pp. 61 et 62):

[TRADUCTION] ... la décision d'omettre à la clause 6.01.03 du contrat de [Checo] toute indication quant à la présence de billes sur l'emprise était délibérée. Foxall [un employé d'Hydro] a insisté sur le fait qu'il n'était pas nécessaire d'inclure un avertissement à cet effet dans le contrat de [Checo] puisque la présence des billes aurait été évidente pour le soumissionnaire examinant l'emprise. Cependant, si je considère que l'avertissement quant aux billes restant sur l'emprise a été exclu alors que, suivant les normes [d'Hydro] relatives au déboisement, des billes pouvaient être laissées sur l'emprise, fait qui n'était pas dévoilé dans le dossier d'appel d'offres, alors qu'[Hydro] savait que des billes marchandes étaient laissées sur l'emprise, qu'elle était au

experienced by [another contractor] due to logs on the right-of-way obstructing construction activities, the deliberate omission of these words in the tender documents amounted, in my opinion, to a form of tender by ambush.

The trial judge held that Hydro had a duty to be accurate in the information that it gave in its tender, and it was not open to it to say that Checo should not have assumed that the right-of-way would be cleared further, or that Checo should have made inquiries. Here, the “ordinary meaning” of the words used in clause 6.01.03 supported Checo’s conclusion that the clearing was not yet complete. This representation in clause 6.01.03 was a false one, and was a representation that Checo relied upon. Cohen J. found that Checo would not have contracted on the basis that it did in the absence of the representation, and held Hydro liable for the “actual damages directly flowing from [its] fraud” (p. 72).

Cohen J. did not consider Checo’s claim in breach of contract. He declined to make an award of punitive damages.

B. Court of Appeal of British Columbia (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 145

Hydro appealed from the judgment of Cohen J. Checo cross-appealed seeking punitive damages and costs to be taxed on a higher scale.

The Court of Appeal considered the issues of fraudulent misrepresentation, negligent misrepresentation and breach of contract. Writing for the majority, Hinkson J.A. (Lambert, Toy and Cumming J.J.A. concurring) allowed Hydro’s appeal on the issue of fraudulent misrepresentation. However, Hinkson J.A. found Hydro liable for negligent misrepresentation (which had not been considered in the judgment at trial). Hinkson J.A. remitted Checo’s action for breach of contract back to the British Columbia Supreme Court. Hinkson J.A. dismissed Checo’s cross-appeal.

courant du problème des entrepreneurs en déboisement qui ne s’étaient pas conformés au cahier des charges, ainsi que des retards et des coûts additionnels que la présence de billes gênant les travaux de construction avait occasionnés dans le cas [d’un autre entrepreneur], l’omission délibérée de ce passage dans le dossier d’appel d’offres équivalait, à mon avis, à un piège.

Le juge de première instance a jugé qu’Hydro avait l’obligation de veiller à l’exactitude des renseignements contenus dans l’offre et qu’elle ne pouvait soutenir que Checo n’aurait pas dû présu- mer que le déboisement de l’emprise se poursuivrait, ou qu’elle aurait dû demander des informations. En l’espèce, le «sens ordinaire» du libellé de la clause 6.01.03 vient appuyer la conclusion de Checo selon laquelle le déboisement n’était pas encore terminé. Or il s’agissait d’une déclaration fautive, à laquelle Checo s’est fiée. Estimant qu’en l’absence de cette déclaration Checo n’aurait pas contracté aux conditions où elle l’a fait, le juge Cohen a tenu Hydro responsable du [TRADUCTION] «préjudice réel résultant directement de [sa] fraude» (à la p. 72).

Le juge Cohen n’a pas examiné l’allégation de Checo quant à l’inexécution du contrat. Il a refusé d’accorder des dommages-intérêts punitifs.

B. Cour d’appel de la Colombie-Britannique (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 145

Hydro a porté en appel le jugement du juge Cohen. Quant à Checo, elle a, par appel incident, demandé des dommages-intérêts punitifs et la taxation des dépens en fonction d’un barème plus élevé.

La Cour d’appel a examiné les questions de la déclaration inexacte et frauduleuse, de la déclaration inexacte faite par négligence et de l’inexécution du contrat. Au nom de la majorité, le juge Hinkson (aux motifs duquel ont souscrit les juges Lambert, Toy et Cumming) a accueilli l’appel d’Hydro sur la question de la déclaration inexacte et frauduleuse. Il a toutefois retenu sa responsabilité pour déclaration inexacte faite par négligence (point qui n’avait pas été examiné dans le jugement de première instance). Quant au recours de Checo fondé sur l’inexécution du contrat, le juge

Southin J.A., writing for herself, dissented in the result. While she agreed with Hinkson J.A. on the questions of fraudulent misrepresentation and breach of contract, she would have held that Hydro was not liable for negligent misrepresentation.

In the result, Hydro's appeal was allowed in part, in that the Court of Appeal held unanimously that Hydro was not liable for fraudulent misrepresentation. However, the Court of Appeal awarded damages against Hydro for negligent misrepresentation, but reduced the trial judge's damage award to \$1,087,729.81. Checo's cross-appeal was dismissed.

(1) Reasons of Hinkson J.A.

Hinkson J.A. considered that the omission of the reference to logs and logging slash in clause 6.01.03 left "the meaning of 'clearing' unqualified" (p. 153). The majority of the Court held that the representation in clause 6.01.03 as to clearing "meant that logs and slash would be cleared from the right-of-way" (p. 155), and that the state of the right-of-way in November 1982 was not the state that the right-of-way would be in at the commencement of the contract. The majority concluded that "on the date of the contract [Hydro], while having represented that the right-of-way would have been cleared, knew that it had not been done" (p. 156), and held that this was, therefore, a misrepresentation.

Hinkson J.A. then turned to a consideration of the issue of negligent misrepresentation, which had not been considered by the trial judge. Hydro had a duty to advise Checo about the amount of clearing which would in fact be carried out. Hydro having failed to discharge this duty, it made a negligent misrepresentation, the effect of which "was to induce [Checo] to enter into a contract at a price less than it would have had it known the true facts" (p. 158). Hinkson J.A. held that Checo had established a claim for negligent misrepresentation

Hinkson l'a renvoyé devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Il a enfin rejeté le pourvoi incident de Checo. Pour sa part, le juge Southin a exprimé sa dissidence quant au résultat. Souscrivant à l'opinion du juge Hinkson sur les questions de la déclaration inexacte et frauduleuse et de l'inexécution du contrat, elle aurait conclu à la non-responsabilité d'Hydro pour ce qui est de la déclaration inexacte faite par négligence.

En définitive, l'appel d'Hydro a été accueilli en partie, la Cour d'appel ayant conclu à l'unanimité à la non-responsabilité d'Hydro pour déclaration inexacte et frauduleuse. Elle l'a cependant condamnée à verser des dommages-intérêts pour déclaration inexacte faite par négligence, tout en réduisant à 1 087 729,81 \$ la somme adjugée en première instance. Le pourvoi incident de Checo a été rejeté.

(1) Motifs du juge Hinkson

Le juge Hinkson a estimé qu'en raison du silence de la clause 6.01.03 quant aux billes et aux déchets de coupe, [TRADUCTION] «le terme «déboisement» n'était assorti d'aucune réserve» (à la p. 153). De l'avis de la majorité, la déclaration contenue à cette clause quant au déboisement [TRADUCTION] «signifiait que l'emprise serait dégagée des billes et des déchets» (à la p. 155), et que l'état de celle-ci en novembre 1982 ne correspondait pas à l'état dans lequel elle serait au début du contrat. La majorité a conclu que [TRADUCTION] «bien qu'elle ait affirmé que l'emprise serait déboisée, [Hydro] savait, à la date du contrat, que cela n'avait pas été fait» (à la p. 156) et, partant, qu'il s'agissait d'une déclaration inexacte.

Le juge Hinkson a ensuite examiné la question de la déclaration inexacte faite par négligence, que le juge de première instance n'avait pas prise en considération. Hydro avait l'obligation d'informer Checo de l'ampleur des travaux de déboisement qui seraient effectivement effectués. Faute de s'acquitter de cette obligation, elle a fait par négligence une déclaration inexacte dont le résultat a été [TRADUCTION] «d'inciter [Checo] à conclure un contrat à un prix inférieur à celui auquel elle aurait contracté si elle avait connu les faits véritables» (à

based on *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), and *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.).

In considering whether there was also liability for fraudulent misrepresentation, as the trial judge had found, Hinkson J.A. traced the development of the law of the tort of deceit. He noted that although deceit, as it applies to corporations, is an evolving tort, fundamentally, “the plaintiff must establish an intention to deceive on the part of the defendant” (p. 161) and referred to the principles enunciated in *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.). On the facts of this case, the majority concluded that the “evidence fell short of establishing the necessary basis for a finding of fraud” because there was no evidence of a dishonest intention (at pp. 161-62):

In the present case, a committee of 12 prepared the specifications. The evidence does not reveal that any members of the committee were dishonest in the preparation of the specifications for this contract. Rather, it is possible to conclude that they mistakenly and negligently believed that the requirement that a tenderer should take a view of the site would remedy any shortcomings in the specifications included in the terms of the contract.

Hydro’s appeal was accordingly allowed on the issue of fraudulent misrepresentation.

On the question of damages, the majority held that Checo was not entitled to recover the entire loss it suffered as a result of performing the contract. The majority held that the decision of the Court of Appeal, affirming the trial judgment in *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.* (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 1, affirmed on appeal to the Supreme Court of Canada, [1991] 3 S.C.R. 3, could be distinguished

la p. 158). Le juge Hinkson a estimé que Checo avait établi le bien-fondé d’un recours pour déclaration inexacte faite par négligence fondé sur les arrêts *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), et *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.).

Abordant la question de savoir s’il y avait aussi responsabilité pour déclaration inexacte et frauduleuse suivant la conclusion du juge de première instance, le juge Hinkson a brossé un tableau de l’évolution du droit de la responsabilité délictuelle en matière de dol. Quoique ce délit, en ce qui a trait aux personnes morales, soit encore appelé à se transformer, il a fait observer qu’essentiellement [TRADUCTION] «le demandeur doit établir une intention dolosive de la part du défendeur» (à la p. 161), et s’est référé aux principes énoncés dans l’arrêt *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Canadian National Railway Co.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.). La majorité a conclu que, d’après les faits de l’espèce, [TRADUCTION] «le fondement nécessaire à une conclusion de dol ne ressortait pas de la preuve» parce qu’il n’y avait aucune preuve établissant l’intention malhonnête (aux pp. 161 et 162):

[TRADUCTION] Dans la présente espèce, le cahier des charges a été préparé par un comité de 12 personnes. Rien dans la preuve n’indique que les membres du comité aient été malhonnêtes dans leurs travaux. En revanche, on peut conclure qu’ils ont cru de façon erronée et négligente que l’obligation pour le soumissionnaire d’aller voir les lieux remédierait à toute lacune dans les stipulations du cahier des charges incluses dans le contrat.

L’appel d’Hydro a en conséquence été accueilli quant à l’allégation de déclaration inexacte et frauduleuse.

Sur la question des dommages-intérêts, la majorité a jugé que Checo ne pouvait être indemnisée intégralement de la perte subie par suite de l’exécution du contrat. À son avis, il y avait lieu d’établir une distinction d’avec l’arrêt de la Cour d’appel confirmant le jugement de première instance rendu dans l’affaire *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Canadian National Railway Co.* (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 1, confirmé par notre Cour,

from the case at bar, on the grounds that in the present case it was clear that Checo “would have entered into a contract if it had known the true state of affairs but would have adjusted the price of doing the work to reflect that state of affairs”^a (pp. 163-64). The majority held that on the basis of the statement of claim and the evidence, the extra work attributable to an improperly cleared work-site cost Checo \$945,852,01. The majority allowed an additional 15 percent for overhead and profit,^b making a total damage award of \$1,087,729.81.

Hinkson J.A. ordered a new trial on the breach of contract issue (at p. 164):

... I would remit the action to the Supreme Court for determination as to whether or not a breach of contract occurred and, in the event that the defendant is found to have been in breach of contract, what damages flowed from such breach. As the parties led evidence at trial in respect of this issue and with respect to the claim of the plaintiff for damages asserted to flow from breach of contract, the trial judge will be in a position on the basis of the record at trial to determine the issue of breach of contract and to assess damages if he finds a breach of contract occurred. The question of whether further evidence should be permitted on this issue should be determined by the trial judge.^c

Checo’s cross-appeal was dismissed, punitive damages being inappropriate in view of the conclusion of the majority that the trial judge’s finding of fraud was in error.^d

(2) Dissenting Reasons of Southin J.A.

Southin J.A. was in agreement with the majority on the issue of fraud, and the disposition of the cross-appeal, but would not have awarded damages for negligent misrepresentation.^e

With respect to the issue of fraudulent misstatement, Southin J.A. noted that, in her view, “[b]ecause a conscious intention to deceive, i.e., mens rea, is a necessary ingredient of the tort of deceit, it follows that a corporation cannot be liable for this tort except upon the principle respon-^f

[1991] 3 R.C.S. 3, aux motifs que dans la présente affaire il était clair que Checo [TRADUCTION] «aurait conclu le contrat si elle avait connu la véritable situation mais qu’elle aurait révisé son prix en conséquence» (aux pp. 163 et 164). La majorité a conclu que, d’après la déclaration et la preuve, les travaux additionnels imputables au déboisement inadéquat des lieux avaient coûté à Checo 945 852,01 \$. Elle a majoré cette somme de 15 pour 100 au titre des frais généraux et des profits, pour une somme totale de 1 087 729,81 \$.

Le juge Hinkson a ordonné la tenue d’un nouveau procès sur la question de l’inexécution du contrat (à la p. 164):^g

[TRADUCTION] ... je suis d’avis de renvoyer l’action devant la Cour suprême pour qu’y soit tranchée la question de savoir s’il y a eu inexécution du contrat et, le cas échéant, qu’il y soit procédé à l’évaluation des dommages-intérêts. Les parties ayant présenté lors du procès des éléments de preuve relativement à ces questions, le juge président l’audience sera en mesure de disposer de la question de l’inexécution du contrat et d’évaluer, le cas échéant, les dommages subis. C’est lui qui devrait se prononcer sur la recevabilité de nouveaux éléments de preuve à ce sujet.^h

Le pourvoi incident de Checo a été rejeté, des dommages-intérêts punitifs étant inappropriés vu l’opinion de la majorité selon laquelle la conclusion du juge de première instance quant à la fraude était erronée.ⁱ

(2) Motifs dissidents du juge Southin

Tout en partageant l’opinion de la majorité sur la question de la fraude et sur la décision quant au pourvoi incident, le juge Southin n’aurait pas accordé de dommages-intérêts pour déclaration inexacte faite par négligence.^j

En ce qui concerne la question de la déclaration inexacte et frauduleuse, le juge Southin a souligné qu’à son avis [TRADUCTION] «[é]tant donné que l’intention consciente de tromper, c.-à-d. la mens rea, est un élément essentiel du délit civil de dol, il s’ensuit qu’une personne morale ne peut en être

deat superior” (p. 183). In this context, Southin J.A. looked to evidence of the intent of Mr. Foxall, who was the Hydro employee in charge of the project. For there to have been a fraudulent misrepresentation, Foxall would have to be shown to have consciously intended to deceive Checo. Southin J.A. held that the trial judge had not asked himself the right questions and that there was no finding of the required fraudulent intent, and that therefore the claim in fraud could not stand.

Southin J.A. then considered the issue of negligent misstatement. After reviewing the case law, she concluded on the facts of this case that clause 6.01.03 did “not impart the information that between the date of the tender call and the date of commencement of work [Hydro would] clear the right of way to a standard thought suitable either by [Checo] or by a reasonable man” (pp. 200-201). Further, clauses 2.03 and 4.04 were evidence of Hydro’s intention not to assume any duty to Checo (at p. 201): “In my opinion, by cls. 2.03 and 4.04, [Hydro] was declaring that it was not assuming any duty of care to [Checo].” Southin J.A. stated she was reinforced in her conclusion by the decision of the Alberta Court of Appeal in *Catre Industries Ltd. v. Alberta* (1989), 99 A.R. 321 (C.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused on March 8, 1990, [1990] 1 S.C.R. vi.

She did not agree with the majority that the measure of damages in this type of case is different depending on whether liability is founded in contract or in tort.

As the trial judge had made no findings as to breach of contract, Southin J.A. agreed with Hinkson J.A. that there should be a new trial on the claim for breach of contract.

tenue responsable sauf en vertu du principe respondeat superior» (à la p. 183). Dans ce contexte, le juge Southin a examiné la preuve quant à l’intention de M. Foxall, l’employé d’Hydro responsable du projet. Pour qu’il y ait eu déclaration inexacte et frauduleuse, il aurait fallu démontrer que Foxall avait consciemment formé l’intention de tromper Checo. Le juge Southin a conclu que le juge de première instance ne s’était pas posé les bonnes questions, qu’il n’y avait pas de conclusion relative à l’intention frauduleuse requise et qu’en conséquence, l’allégation de fraude ne pouvait être retenue.

Le juge Southin a examiné ensuite la question de la déclaration inexacte faite par négligence. Après avoir passé en revue la jurisprudence, elle a conclu d’après les faits de l’espèce, qu’il ne ressortait pas de la clause 6.01.03 [TRADUCTION] «qu’entre la date de l’appel d’offres et celle du début des travaux [Hydro allait] procéder au déboisement de l’emprise suivant une norme jugée acceptable soit par [Checo] soit par une personne raisonnable» (aux pp. 200 et 201). De plus, les clauses 2.03 et 4.04 attestaient de l’intention d’Hydro de n’assumer aucune obligation à l’endroit de Checo (à la p. 201): [TRADUCTION] «À mon avis, [Hydro] déclarait aux clauses 2.03 et 4.04 qu’elle n’assumait aucune obligation de diligence envers [Checo]». Le juge Southin a ajouté que l’arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta, *Catre Industries Ltd. c. Alberta* (1989), 99 A.R. 321 (C.A.), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée le 8 mars 1990, [1990] 1 R.C.S. vi, venait renforcer sa conclusion.

Elle a par ailleurs exprimé son désaccord avec l’opinion majoritaire selon laquelle l’évaluation des dommages-intérêts dans une affaire de ce genre dépend du fondement contractuel ou délictuel de la responsabilité.

Le juge de première instance n’étant parvenu à aucune conclusion quant à l’inexécution du contrat, la juge Southin a dit partager l’opinion du juge Hinkson sur la nécessité de tenir un nouveau procès sur cette question.

III. Issues

I would characterize the issues raised by Hydro's appeal as follows:

- (1) Can a pre-contractual representation which becomes a contractual term found liability in negligent misrepresentation?
- (2) If the answer to the first question is in the affirmative, did the terms of the contract nonetheless operate to exclude Hydro's potential liability for any misrepresentations?
- (3) If the terms of the contract did not exclude Hydro's potential liability for any misrepresentations, is Hydro liable for negligent misrepresentation?
- (4) Was there a breach of contract?

I would characterize the issues raised by Checo's cross-appeal as follows:

- (1) Should Hydro be liable for fraudulent misrepresentation?
- (2) Did the Court of Appeal correctly assess Checo's damages for negligent misrepresentation?

IV. Analysis

In the interests of simplicity and brevity, I will deal with the issues raised by the appeal and cross-appeal somewhat out of order. Because the issue of fraudulent misrepresentation can and should be resolved quickly, I will deal with it first. Then I will examine, following *Central Trust v. Rafuse, supra*, the scope of the right of a party to a contract to sue the other party in tort (the tort-contract concurrency problem). It will also be necessary for me to review the law of negligent misrepresentation (which was not at issue in *Central Trust v. Rafuse*), in order to determine the applicability of the prin-

III. Questions en litige

Je formulerais les questions que soulève le pourvoi d'Hydro de la manière suivante:

- a* (1) Peut-on se fonder sur une déclaration pré-contractuelle qui devient une clause du contrat pour conclure à la responsabilité pour déclaration inexacte faite par négligence?
- b* (2) Si l'on répond par l'affirmative à la première question, les clauses du contrat ont-elles néanmoins pour effet d'exclure la responsabilité potentielle d'Hydro pour toute déclaration inexacte?
- c* (3) Si les clauses du contrat n'ont pas pour effet d'exclure la responsabilité potentielle d'Hydro pour toute déclaration inexacte, Hydro est-elle responsable par suite d'une déclaration inexacte faite par négligence?
- d* (4) Y a-t-il eu inexécution du contrat?

e Quant aux questions que soulève le pourvoi incident formé par Checo, je les formulerais ainsi:

- (1) Hydro devrait-elle être tenue responsable d'avoir fait une déclaration inexacte et frauduleuse?
- f* (2) La Cour d'appel a-t-elle correctement évalué le préjudice subi par Checo par suite de la déclaration inexacte faite par négligence?

g IV. Analyse

h Par souci de simplicité et de concision, je n'aborderai pas dans l'ordre les questions que soulèvent le pourvoi et le pourvoi incident. Comme la question de la déclaration inexacte et frauduleuse peut et devrait être résolue rapidement, j'en disposerai dès le départ. Puis j'examinerai, suivant l'arrêt *Central Trust c. Rafuse*, précité, la portée du droit d'une partie contractante de poursuivre son cocontractant en responsabilité délictuelle (la question de la responsabilité concomitante (aussi appelée concurrente) en matières délictuelle et contractuelle). Il me faudra également passer en revue le droit en matière de déclaration inexacte faite par *i* négligence (point qui n'était pas en litige dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse*) en vue de déterminer *j*

ciples in *Central Trust v. Rafuse* to pre-contractual representations.

Because of my conclusions on these issues, it will not be necessary for me to decide whether there was a negligent misrepresentation, or whether the Court of Appeal's assessment of Checo's damages for negligent misrepresentation was correct. It will, however, be necessary for me to consider the issue of breach of contract.

A. *Fraudulent Misrepresentation*

The trial judge found Hydro liable in deceit. The Court of Appeal allowed Hydro's appeal on this issue. In argument before us, Checo submitted that the trial judge's ruling on the question of deceit should be upheld. At the hearing of the appeal, we indicated that we did not find it necessary to hear Hydro's response on the issue of deceit.

In my view, there was insufficient evidence to support a finding of deceit (i.e. of fraudulent intention, as discussed further in these reasons) against Hydro, and the Court of Appeal correctly intervened to reverse the trial judge on this point. As Hinkson J.A. noted (at pp. 161-62):

[A] committee of 12 prepared the specifications. The evidence does not reveal that any members of the committee were dishonest in the preparation of the specifications for this contract. Rather, it is possible to conclude that they mistakenly and negligently believed that the requirement that a tenderer should take a view of the site would remedy any shortcomings in the specifications included in the terms of the contract.

Consequently, Checo's cross-appeal on this point should be dismissed.

B. *Concurrent Liability in Tort and Contract*

(1) Introduction

It was Hydro's submission on this appeal that it ought to be liable, if at all, in contract and not in

l'applicabilité des principes énoncés dans cet arrêt aux déclarations précontractuelles.

En raison de mes conclusions sur ces questions, il n'y aura pas lieu de décider s'il y a eu déclaration inexacte faite par négligence ou si l'évaluation du préjudice subi par Checo à ce chapitre était exacte. Il me faudra toutefois examiner la question de l'inexécution du contrat.

A. *Déclaration inexacte et frauduleuse*

Le juge de première instance a conclu à la responsabilité d'Hydro pour cause de dol. La Cour d'appel a accueilli son appel sur ce point. Dans la plaidoirie qu'elle a présentée devant nous, Checo a soutenu que la décision du juge de première instance sur la question du dol devait être confirmée. À l'audience, nous avons indiqué qu'il n'y avait pas lieu à notre avis d'entendre la réponse d'Hydro à ce sujet.

À mon sens, les éléments de preuve présentés ne suffisaient pas à étayer une conclusion de dol (c'est-à-dire d'intention frauduleuse, analysée plus à fond dans les présents motifs) de la part d'Hydro, et la Cour d'appel est à bon droit intervenue pour infirmer la décision du juge de première instance sur ce point. Comme l'a souligné le juge Hinkson (aux pp. 161 et 162):

[TRADUCTION] [L]e cahier des charges a été préparé par un comité de 12 personnes. Rien dans la preuve n'indique que les membres du comité aient été malhonnêtes dans leurs travaux. En revanche, on peut conclure qu'ils ont cru de façon erronée et négligente que l'obligation pour le soumissionnaire d'aller voir les lieux remédierait à toute lacune dans les stipulations du cahier des charges incluses dans le contrat.

En conséquence, il y a lieu de rejeter le pourvoi incident de Checo sur ce point.

B. *Responsabilité concomitante en matières délictuelle et contractuelle*

(1) Introduction

La prétention d'Hydro dans ce pourvoi est que si responsabilité il y a, il doit s'agir d'une responsa-

tort. For the reasons which I will set out, I agree that in the circumstances of the case, while Hydro may be liable in contract for the representations which Checo complains of, Hydro cannot be liable in tort. Given the importance of the general issue of tort-contract concurrency, I propose to explore it in some detail.

As a general rule, the existence of a contract between two parties does not preclude the existence of a common law duty of care. Subject to the substantive and procedural differences that exist between an action in contract and an action in tort, both the duty of care and the liability may be concurrent in contract and tort. In such circumstances, it is for the plaintiff to select the cause of action most advantageous to him or her. That was the position adopted by Le Dain J. in *Central Trust v. Rafuse*, *supra*. At pages 204-5, Le Dain J. said the following:

The common law duty of care that is created by a relationship of sufficient proximity, in accordance with the general principle affirmed by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, is not confined to relationships that arise apart from contract. Although the relationships in *Donoghue v. Stevenson*, *Hedley Byrne* and *Anns* were all of a non-contractual nature and there was necessarily reference in the judgments to a duty of care that exists apart from or independently of contract, I find nothing in the statements of general principle in those cases to suggest that the principle was intended to be confined to relationships that arise apart from contract. . . . [T]he question is whether there is a relationship of sufficient proximity, not how it arose. The principle of tortious liability is for reasons of public policy a general one.

Le Dain J.'s conclusion that a plaintiff is generally entitled to choose, as between contract and tort, the cause of action most favourable to him or her was supported by a long line of Canadian and English authority, some of which I will consider below. *Central Trust v. Rafuse*, *supra*, has since met with wide acceptance, and has been applied by

bilité contractuelle et non délictuelle. Pour les motifs que je vais exposer, je conviens que si, dans les circonstances de l'espèce, Hydro peut encourir une responsabilité contractuelle pour les déclarations que Checo lui reproche, elle ne peut encourir de responsabilité délictuelle. Étant donné l'importance de la question générale de la concomitance des responsabilités délictuelle et contractuelle, je me propose d'en faire une étude détaillée.

En règle générale, le fait que deux parties soient liées par contrat n'empêche pas l'existence d'une obligation de diligence en common law. Sous réserve des différences qui existent sur le plan du fond et de la procédure entre une action en responsabilité contractuelle et une action en responsabilité délictuelle, l'obligation de diligence et la responsabilité peuvent être concomitantes dans les deux cas. En pareilles circonstances, il appartient au demandeur de choisir la cause d'action qui lui est la plus avantageuse. C'est la position qu'a adoptée le juge Le Dain dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse*, précité, aux pp. 204 et 205:

L'obligation de diligence en *common law* qui, conformément au principe général énoncé par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, résulte de l'existence de rapports suffisamment étroits entre les intéressés, ne se limite pas aux relations qui ne tirent pas leur origine d'un contrat. Bien que les liens dont il s'agissait dans les arrêts *Donoghue v. Stevenson*, *Hedley Byrne* et *Anns* aient été de nature non contractuelle et que l'on ait nécessairement parlé dans les jugements d'une obligation de diligence qui existe indépendamment d'un contrat, je ne vois rien dans les énoncés d'un principe général dans ces arrêts qui laisse entendre que l'application du principe devait se limiter à des liens qui prenaient naissance indépendamment d'un contrat. [. . .] [L]a question est de savoir s'il existe des rapports suffisamment étroits, et non pas de savoir comment ils ont pris naissance. Pour des raisons d'intérêt public, le principe de la responsabilité délictuelle est général.

La conclusion du juge Le Dain selon laquelle il est de façon générale loisible au demandeur de choisir, entre la responsabilité contractuelle ou délictuelle, la cause d'action qui lui est la plus favorable, trouve appui dans une longue jurisprudence canadienne et anglaise, dont certaines décisions que j'examinerai ci-après. L'arrêt *Central*

a number of provincial Courts of Appeal. See *University of Regina v. Pettick* (1991), 90 Sask. R. 241 (C.A.); *Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.* (1989), 68 O.R. (2d) 193 (C.A.); *Pittman v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1990), 76 D.L.R. (4th) 320 (Nfld. C.A.); *Clark v. Naqvi* (1989), 99 N.B.R. (2d) 271 (C.A.), and *Catre Industries Ltd. v. Alberta, supra.*

In *Central Trust v. Rafuse, supra*, Le Dain J. recognized two situations in which, notwithstanding what would otherwise be a breach of the duty of care in tort, a plaintiff's ability to sue in tort will be limited by the terms of the contract. In one situation it is the liability in tort which is avoided or modified; in the other it is the duty in tort which is affected.

Le Dain J. recognized that liability in tort can be limited or excluded by the terms of a contract. A plaintiff will not be permitted to plead in tort in order to circumvent a contractual clause which excludes or limits the defendant's liability (at p. 206):

A concurrent or alternative liability in tort will not be admitted if its effect would be to permit the plaintiff to circumvent or escape a contractual exclusion or limitation of liability for the act or omission that would constitute the tort.

In this case, Hydro argues that the terms of the contract operated to exclude its liability for the conduct of which Checo complains. If Hydro were correct, then Checo would no more be able to recover in tort than in contract. As I will discuss below, I am of the opinion that the contract does not exclude Hydro's liability.

As mentioned, Le Dain J. also recognized that the defendant's duty in tort could be affected by the terms of the contract. If the duty of care alleged in tort is also defined by a specific term of the contract, then the plaintiff will be entitled only to

Trust c. Rafuse, précité, a depuis été largement reconnu et appliqué par bon nombre de tribunaux d'appel provinciaux. Voir *University of Regina c. Pettick* (1991), 90 Sask. R. 241 (C.A.); *Fletcher c. Manitoba Public Insurance Co.* (1989), 68 O.R. (2d) 193 (C.A.); *Pittman c. Manufacturers Life Insurance Co.* (1990), 76 D.L.R. (4th) 320 (C.A.T.-N.); *Clark c. Naqvi* (1989), 99 R.N.-B. (2^e) 271 (C.A.), et *Catre Industries Ltd. c. Alberta*, précité.

Dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse*, précité, le juge Le Dain reconnaît qu'il y a deux situations où, indépendamment de l'existence d'un manquement à une obligation de diligence en matière délictuelle, la capacité du demandeur d'exercer un recours en responsabilité délictuelle sera limitée par le contrat. Dans un cas, c'est la responsabilité délictuelle qui est écartée ou modifiée; dans l'autre, c'est l'obligation en responsabilité délictuelle qui est touchée.

Le juge Le Dain reconnaît que la responsabilité délictuelle peut être limitée ou exclue par le contrat. Ainsi, il ne sera pas permis au demandeur d'alléguer la responsabilité délictuelle dans le but de contourner une clause contractuelle excluant ou limitant la responsabilité du défendeur (à la p. 206):

Une responsabilité délictuelle concurrente ou alternative ne sera pas admise si elle a pour effet de permettre au demandeur de contourner ou d'éluder une clause contractuelle d'exonération ou de limitation de responsabilité pour l'acte ou l'omission qui constitue le délit civil.

En l'espèce, Hydro fait valoir que les clauses du contrat ont pour effet d'exclure sa responsabilité pour la conduite que Checo lui impute. Si cette prétention est juste, Checo ne pourrait être indemnisée autant sur le plan délictuel que sur le plan contractuel. Comme je l'expliquerai ci-après, je suis d'avis que le contrat n'exclut pas la responsabilité d'Hydro.

Ainsi que je l'ai indiqué, le juge Le Dain convient également que l'obligation du défendeur en responsabilité délictuelle peut être modifiée par le contrat. En effet, si l'obligation de diligence invoquée en cette matière est également définie expres-

those remedies which may be available pursuant to the contract. The contractual relationship can bring the parties into sufficient proximity to give rise to a duty of care. However, no duty of care in tort can be concurrent with a duty of care created by an express term of the contract. In the words of *Le Dain J.* (at p. 205):

What is undertaken by the contract will indicate the nature of the relationship that gives rise to the common law duty of care, but the nature and scope of the duty of care that is asserted as the foundation of the tortious liability must not depend on specific obligations or duties created by the express terms of the contract. It is in that sense that the common law duty of care must be independent of the contract. . . . A claim cannot be said to be in tort if it depends for the nature and scope of the asserted duty of care on the manner in which an obligation or duty has been expressly and specifically defined by a contract.

On the facts of *Central Trust v. Rafuse*, *supra*, *Le Dain J.* concluded that the defendant solicitors had concurrent duties of care in contract and in tort. The contract between the parties was a general retainer. *Le Dain J.* held that it was an implied term of the contract between solicitor and client that the solicitor perform his or her professional duties with "reasonable care, skill and knowledge" (p. 208). The duty of care imposed on a solicitor at common law was the same as, and concurrent with, that imposed as an implied term of the contract (at p. 210):

While the solicitor's duty of care has generally been stated . . . as arising as an implied term of the contract or retainer, the same duty arises as a matter of common law from the relationship of proximity created by the retainer. In the absence of special terms in the contract determining the nature and scope of the duty of care in a particular case, the duties of care in contract and tort are the same.

sément au contrat, le demandeur ne disposera alors que des recours découlant du contrat. Il peut résulter des liens contractuels existant entre les parties des rapports suffisamment étroits pour donner naissance à une obligation de diligence. Toutefois, une obligation de diligence en matière délictuelle ne pourra coexister avec une autre créée expressément par le contrat. Selon le juge *Le Dain*, à la p. 205:

Les engagements stipulés dans le contrat révèlent la nature des liens dont découle l'obligation de diligence en *common law*, mais la nature et la portée de l'obligation de diligence invoquée comme fondement de la responsabilité délictuelle ne doivent pas dépendre d'obligations ou de devoirs précis créés expressément par le contrat. C'est dans ce sens que l'obligation de diligence en *common law* doit être indépendante du contrat. [. . .] On ne saurait affirmer qu'une réclamation est en matière délictuelle si elle tient, en ce qui concerne la nature et la portée de l'obligation de diligence alléguée, à la façon dont une obligation a été expressément et précisément définie dans un contrat.

Compte tenu des faits de l'affaire *Central Trust c. Rafuse*, précitée, le juge *Le Dain* a conclu que les avocats défendeurs étaient soumis à une obligation de diligence concomitante en matières contractuelle et délictuelle. Le contrat intervenu entre les parties était de nature générale. Selon le juge *Le Dain*, une des conditions implicites du contrat entre un avocat et son client est que l'avocat doit, dans la prestation de ses services professionnels, faire preuve «de diligence, de compétence et de connaissances raisonnables» (à la p. 208). L'obligation de diligence imposée à l'avocat en *common law* est la même que celle qui découle d'une condition implicite du contrat, les deux obligations étant concomitantes (à la p. 210):

Bien que [. . .] l'obligation de diligence de l'avocat ait généralement été décrite [. . .] comme découlant d'une condition implicite du contrat entre l'avocat et le client, la même obligation résulte en *common law* des liens étroits créés par ce contrat. En l'absence de stipulations contractuelles expresses précisant la nature et la portée de l'obligation de diligence dans un cas donné, l'obligation de diligence est la même en matière contractuelle et en matière délictuelle.

Given the nature of a solicitor's duties in contract and in tort, and given the particular contractual relationship between the parties, Le Dain J. concluded that the duty of care of the solicitors ran concurrently in tort and contract. Moreover, there was no clause in the contract excluding or limiting the solicitors' liability which could affect the solicitors' liability in tort.

In *Central Trust v. Rafuse, supra*, it was not necessary for Le Dain J. to test the boundaries of the situations he described in which a plaintiff's right to recover in tort would be limited. As I mentioned, the contract before him had no clauses excluding or limiting the liability of the solicitors. Moreover, the contract contained no express terms creating specific obligations or duties which might have excluded the solicitors' duty of care in tort.

The facts of this case require me to do what it was not necessary for Le Dain J. to do in *Central Trust v. Rafuse, supra*: I must interpret and apply the principles to a contractual relationship in which there are exclusion or limitation of liability clauses which may exclude or limit liability in tort, as well as in contract, and in which there are clauses which may operate to exclude some parts of the duty of care in tort entirely. To interpret and apply the principles in *Central Trust v. Rafuse* in the circumstances of this case, it will be necessary for me to review the authorities governing concurrency of obligations in tort and contract. It will also be necessary for me to review the law governing clauses which exclude or limit liability.

(2) Concurrency of Tort and Contract

The recent history of concurrency in tort and contract can be characterized as the development of a single regime of concurrency from two sets of

Compte tenu de la nature des obligations de l'avocat en matières contractuelle et délictuelle et des liens contractuels particuliers entre les parties, le juge Le Dain a conclu qu'il y avait concomitance de l'obligation de diligence des avocats sur les plans contractuel et délictuel. Qui plus est, le contrat ne comportait aucune clause d'exclusion ou de limitation de la responsabilité des avocats susceptible d'influer sur leur responsabilité délictuelle.

Dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse*, précité, le juge Le Dain n'avait nul besoin de circonscrire les situations évoquées où le droit du demandeur de recouvrer des dommages-intérêts en matière délictuelle serait restreint. Comme je viens de le dire, le contrat qui lui était soumis ne comportait pas de clauses d'exclusion ou de limitation de la responsabilité des avocats. Il ne contenait pas non plus de stipulations expresses créant des obligations précises ayant pu avoir pour effet d'exclure leur obligation de diligence en matière délictuelle.

En l'espèce toutefois, les faits m'obligent à procéder à une analyse que le juge Le Dain n'a pas eu à faire dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse, précité*: il me faut interpréter les principes et les appliquer à une relation contractuelle dans le cadre de laquelle sont prévues des clauses d'exclusion ou de limitation de responsabilité susceptibles d'exclure ou de limiter la responsabilité aussi bien délictuelle que contractuelle, de même que des clauses pouvant avoir pour effet d'exclure entièrement certains aspects de l'obligation de diligence en matière délictuelle. Pour interpréter et appliquer les principes de l'arrêt *Central Trust c. Rafuse* dans le cadre des circonstances de l'espèce, il me faudra examiner la jurisprudence concernant la concomitance des obligations d'ordre délictuel et contractuel. Je devrai également examiner le droit régissant les clauses d'exclusion ou de limitation de responsabilité.

(2) La concomitance sur les plans délictuel et contractuel

L'histoire récente de la concomitance de la responsabilité en matières contractuelle et délictuelle se caractérise par le développement d'un seul

rules governing concurrency in distinct circumstances. Until *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5 (C.A.), there was one set of rules governing obligations in tort and contract for the so-called “status relationships” and another set of rules governing obligations in tort and contract for all other relationships. Since *Esso Petroleum*, *supra*, these two sets of rules have been assimilated into a single regime governing obligations in tort and contract for all relationships. The principles set out by Le Dain J. in *Central Trust v. Rafuse*, *supra*, are representative of that single regime. To understand better the principles articulated by Le Dain J. in *Central Trust v. Rafuse*, it will be helpful to review the process of development which preceded and informed the judgment of Le Dain J.

(a) *The Two Strands of Concurrent Liability in Tort and Contract*

The modern conception of a distinct tort of negligence is relatively recent. It has been argued that the genesis of negligence is to be found in the long series of “running down” cases in the eighteenth and nineteenth centuries, as ever increasing numbers of horses, carts and ships meant increasing numbers of accidents. See J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History* (1979), at pp. 342-45. But it was not until the famous case of *Donoghue v. Stevenson*, *supra*, that a general tort of negligence was finally recognized.

Negligence was not, however, unknown to the law before *Donoghue v. Stevenson*, or even before such running down cases as *Leame v. Bray* (1803), 3 East 593 (K.B.), 102 E.R. 724. Beginning in a much earlier time, negligence was actionable if the defendant’s status imposed upon him or her a duty to take care in the exercise of his or her profession. Persons with such status included bailees and those who practised a “common calling”, including those of innkeeper and common carrier. The liability

régime à partir de deux séries de règles applicables selon les circonstances. Jusqu’à l’arrêt *Esso Petroleum Co. c. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5 (C.A.), un ensemble de règles régissait les obligations contractuelles et délictuelles en ce qui concerne les relations dites «créatrices de statut», tandis qu’un autre ensemble régissait les obligations contractuelles et délictuelles pour tous les autres types de relations. Depuis l’arrêt *Esso Petroleum*, précité, ces deux ensembles de règles ont été fondues en un régime unique applicable aux obligations contractuelles et délictuelles pour tous les types de relations. Les principes qu’a énoncés le juge Le Dain dans l’arrêt *Central Trust c. Rafuse*, précité, sont représentatifs de ce régime unique. Afin de mieux comprendre les principes articulés dans cet arrêt, il convient de passer en revue l’évolution qui a conduit au jugement du juge Le Dain.

a) *Les deux courants en matière de concomitance de la responsabilité en matières contractuelle et délictuelle*

La conception moderne d’un délit civil de négligence distinct est relativement récente. On peut, dit-on, en retracer la genèse dans la longue série d’affaires de «collision» des XVIII^e et XIX^e siècles au cours desquels on a assisté à une augmentation du nombre d’accidents dus au nombre croissant de chevaux, de voitures et de navires. Voir J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History* (1979), aux pp. 342 à 345. Mais ce n’est qu’avec le célèbre arrêt *Donoghue c. Stevenson*, précité, que le délit général de négligence a finalement été reconnu.

La négligence n’était toutefois pas une notion inconnue en droit avant l’arrêt *Donoghue c. Stevenson*, ou même avant les affaires de collision, telle l’affaire *Leame c. Bray* (1803), 3 East 593 (K.B.), 102 E.R. 724. À une époque beaucoup plus ancienne, la négligence donnait ouverture à une action si, de par son statut, le défendeur se voyait imposer une obligation de diligence dans l’exercice de sa profession. Faisaient partie de cette catégorie les dépositaires et ceux qui pratiquaient une «profession publique», notamment l’hôtelier et le transporteur public. Leur responsabilité était engagée indépendamment de l’existence d’un contrat.

ity of such persons arose independently of contract. To quote Baker, *supra*, at pp. 277-78:

Many callings were, in any case, controlled by the common law or custom independently of contract; an innkeeper, for instance, was liable under the 'custom of the realm' for his failure to look after a guest's goods or for refusing to accommodate a traveller. . . . [S]imilar duties could be imposed on professional men. . . . Another kind of status was that of bailee or custodian of property; it was held in 1487 that a shepherd having the custody of sheep was liable in *assumpsit* for failing to look after them, so that they were killed.

That a defendant who owed a duty to take care because of his or her status was liable in negligence even if there also existed a contract between the parties is confirmed by the judgment of Dallas C.J. in *Bretherton v. Wood* (1821), 3 Brod. & B. 54 (Ex. Ch.), 129 E.R. 1203, at p. 1206 E.R.:

This action is on the case [i.e. in negligence] against a common carrier, upon whom a duty is imposed by the custom of the realm, or in other words, by the common law, to carry and convey their goods or passengers safely and securely, so that, by their negligence or default, no injury or damage happen. A breach of this duty is a breach of the law, and for this breach an action lies, founded on the common law, which action wants not the aid of a contract to support it.

Nor is it material, whether redress might or might not have been had in an action of *assumpsit* [i.e. in contract]; that must depend on circumstances of which this Court has no knowledge; but, whether an action of *assumpsit* might or might not have been maintained, still this action on the case may be maintained. The action of *assumpsit*, as applied to cases of this kind, is of modern use. The action on the case is as early as the existence of the custom or common law as to common carriers. [Emphasis added.]

There has been some debate as to the extent of these status relationships. See *Central Trust v. Rafuse*, *supra*, at pp. 176-78; C. French, "The Con-

Pour reprendre les termes de Baker, *op. cit.*, aux pp. 277 et 278:

[TRADUCTION] L'exercice d'un grand nombre de professions était, en tout état de cause, soumis à la common law ou à la coutume, indépendamment de l'existence d'un contrat; ainsi, un hôtelier pouvait, en vertu de la «coutume du royaume», être tenu responsable pour avoir omis de surveiller les biens d'un client ou refusé le gîte à un voyageur. [. . .] [D]es obligations semblables pouvaient être imposées aux personnes exerçant des professions libérales. [. . .] Le dépositaire ou gardien de biens jouissait d'un autre statut; on a décidé en 1487 qu'un berger était responsable en *assumpsit* pour avoir omis de surveiller les brebis dont il avait la garde et qui avaient été tuées.

Le principe suivant lequel le défendeur qui assumait une obligation de diligence en raison de son statut était responsable de négligence même s'il y avait également un contrat entre les parties a été confirmé par le juge en chef Dallas dans l'affaire *Bretherton c. Wood* (1821), 3 Brod. & B. 54, (Ex. Ch.), 129 E.R. 1203, à la p. 1206 E.R.:

[TRADUCTION] Il s'agit d'une action en responsabilité délictuelle [pour négligence] contre un voiturier à qui la coutume du royaume ou, en d'autres termes, la common law, impose l'obligation d'assurer la sécurité des biens ou des passagers qu'il transporte, de sorte qu'ils ne subissent, par sa négligence ou sa faute, ni dommages ni blessures. Un manquement à cette obligation est un manquement à la loi, qui donne ouverture à une action fondée sur la common law, sans qu'il soit besoin d'invoquer l'existence d'un contrat.

Il importe peu qu'un redressement ait pu ou non être obtenu par la voie d'une action en *assumpsit* [fondée sur un contrat]; il s'agit-là de circonstances qui ne sont pas à la connaissance de cette cour; mais qu'une action en *assumpsit* soit ou non recevable, la présente action en responsabilité délictuelle peut être maintenue. L'action en *assumpsit*, telle qu'elle s'applique dans des affaires comme la présente espèce, est de conception moderne. L'action en responsabilité délictuelle est quant à elle aussi ancienne que la coutume ou la common law applicable aux voituriers. [Je souligne.]

L'étendue de cette notion de relations fondées sur le statut a suscité certains débats. Voir *Central Trust c. Rafuse*, précité, aux pp. 176 à 178;

tract/Tort Dilemma” (1983), 5 *Otago L. Rev.* 236, at pp. 273-78; and C. H. S. Fifoot, *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract* (1949), at pp. 157-59. On what French calls the “traditional view”, status relationships included carriers, innkeepers, surgeons, apothecaries, attorneys, veterinary surgeons, smiths, and barbers, together with the relationships of bailor/bailee and master/servant (at pp. 274-78). Whatever the proper scope of the status relationships might have been, it is clear that they attracted concurrent liability in contract and in tort. As Tindal C.J. expressed it in *Boorman v. Brown* (1842), 3 Q.B. 511 (Ex. Ch.), 114 E.R. 603, at pp. 608-9 E.R., aff’d *sub nom. Brown v. Boorman* (1844), 11 Cl. & Fin. 1 (H.L.), 8 E.R. 1003:

That there is a large class of cases in which the foundation of the action springs out of privity of contract between the parties, but in which, nevertheless, the remedy for the breach, or non-performance, is indifferently either *assumpsit* or case upon tort, is not disputed. Such are actions against attorneys, surgeons, and other professional men, for want of competent skill or proper care in the service they undertake to render: actions against common carriers, against ship owners on bills of lading, against bailees of different descriptions: and numerous other instances occur in which the action is brought in tort or contract at the election of the plaintiff.

The principle in all these cases would seem to be that the contract creates a duty, and the neglect to perform that duty, or the nonfeasance, is a ground of action upon a tort.

As the judgment of Tindal C.J. in *Boorman*, *supra*, indicates, the range of status relationships was seen in the nineteenth century as extensive (the profession at issue in *Boorman* was that of commodities broker). In fact, in the judgment of the House of Lords upholding the judgment of Tindal C.J., concurrency of tort and contract is stated as a general principle, without reference to

C. French, «The Contract/Tort Dilemma» (1983), 5 *Otago L. Rev.* 236, aux pp. 273 à 278; et C. H. S. Fifoot, *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract* (1949) aux pp. 157 à 159. Suivant ce que French appelle le [TRADUCTION] «point de vue traditionnel», entraînent dans cette catégorie le voiturier, l’hôtelier, le chirurgien, l’apothicaire, l’avocat, le chirurgien vétérinaire, le forgeron et le barbier, ainsi que les relations déposant/dépositaire et employeur/employé (aux pp. 274 à 278). Mais peu importe leur champ d’application exact, il était clair que ces relations donnaient ouverture à une responsabilité concomitante en matières contractuelle et délictuelle. Comme l’a dit le juge en chef Tindal dans l’affaire *Boorman c. Brown* (1842), 3 Q.B. 511 (Ex. Ch.), 114 E.R. 603, aux pp. 608 et 609 E.R., confirmé *sub nom. Brown c. Boorman* (1844), 11 Cl. & Fin. 1 (H.L.), 8 E.R. 1003:

[TRADUCTION] On ne conteste pas qu’il existe une grande catégorie d’affaires dans lesquelles l’action est fondée sur le lien contractuel entre les parties, mais dans lesquelles, néanmoins, la rupture ou l’inexécution ouvrent indifféremment un recours en *assumpsit* ou un recours délictuel. Tombent dans cette catégorie les actions intentées contre des avocats, des chirurgiens et d’autres hommes exerçant une profession libérale, pour incompétence ou pour manque de diligence raisonnable dans la prestation des services qu’ils s’engagent à rendre: les actions contre des transporteurs publics, les actions contre des propriétaires de navire fondées sur des connaissements, les actions contre différentes sortes de dépositaires ne sont que quelques exemples parmi tant d’autres où l’action peut, au choix du demandeur, avoir un fondement délictuel ou contractuel.

Le principe sur lequel repose toutes ces affaires semble être que le contrat crée une obligation et que le défaut de remplir cette obligation, ou l’inexécution, donne ouverture à un recours délictuel.

Comme l’indique le juge en chef Tindal dans l’arrêt *Boorman*, précité, la catégorie des relations fondées sur le statut était considérée au XIX^e siècle comme très large (la profession en cause dans cette affaire était celle de courtier en marchandises). En fait, dans le jugement de la Chambre des lords confirmant la décision du juge en chef Tindal, la concomitance des responsabilités contractuelle et

status relationships at all (at pp. 1018-19 E.R., *per* Lord Campbell):

... wherever there is a contract, and something to be done in the course of the employment which is the subject of that contract, if there is a breach of a duty in the course of that employment, the plaintiff may either recover in tort or in contract.

However, in the twentieth century, there was a noticeable trend towards limiting the range of the status relationships. In *Jarvis v. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399 (C.A.), Slessor L.J. found that a broker did not exercise a "common calling" (at pp. 406-7):

In reference to the suggestion that a broker might be regarded as exercising a common calling in the same way as, for example, a carrier, in respect of whom it has been held that his duties to the public are imported so that a breach of these is necessarily a tort, I desire to add that no authority was cited to establish that a stockbroker is in such a position. . . . In my opinion a stockbroker does not exercise a "public calling" in the sense in which that term is used as applied to carriers and certain other occupations. In this case a personal relationship existed between the parties, and in my view the breach complained of was a breach of contract.

In *Groom v. Crocker*, [1939] 1 K.B. 194, the Court of Appeal held that the profession of solicitor was not among the status relationships, as those of doctor, architect and stockbroker also were not (at p. 222 *per* Scott L.J.):

A solicitor, as a professional man, is employed by a client just as much as a doctor, an architect, or a stockbroker, and the mutual rights and duties of the two are regulated entirely by the contract of employment. . . . The retainer when given puts into operation the normal terms of the contractual relationship, including in particular the duty of the solicitor to protect the client's interest and carry out his instructions in the matters in which the retainer relates, by all proper means. . . . But in all these aspects the tie between the two is contractual.

délictuelle a été énoncée sous forme de principe général, sans référence aucune à la notion de relations fondées sur le statut (Lord Campbell, aux pp. 1018 et 1019 E.R.):

^a [TRADUCTION] . . . chaque fois qu'il y a un contrat et qu'un acte quelconque doit être accompli dans l'exécution du travail qui fait l'objet du contrat, le demandeur peut, en cas de manquement aux obligations qui se rattachent à l'exécution de ce travail, poursuivre sur un fondement soit délictuel, soit contractuel.

^b Au XX^e siècle toutefois, il y a eu une tendance manifeste à restreindre la catégorie des occupations donnant lieu à des relations fondées sur le statut. Dans l'arrêt *Jarvis c. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399 (C.A.), le lord juge Slessor a conclu, qu'un courtier n'exerçait pas une «profession publique» (aux pp. 406 et ^d 407):

^e [TRADUCTION] Quant à la prétention voulant qu'un courtier exerce une profession publique de la même façon, par exemple, qu'un transporteur, à l'égard duquel il a été décidé qu'il assumait des obligations envers le public, de sorte qu'un manquement à ces obligations constitue forcément un délit civil, je voudrais ajouter qu'aucune jurisprudence n'est venue l'étayer. [. . .] À mon avis, un courtier en valeurs mobilières n'exerce pas une «profession publique» au sens où cette expression ^f s'applique aux transporteurs et à certaines autres occupations. En l'espèce, des relations personnelles existaient entre les parties et, à mon avis, la violation alléguée était celle du contrat.

^g Dans l'arrêt *Groom c. Crocker*, [1939] 1 K.B. 194, la Cour d'appel a statué que la profession d'avocat ne faisait pas partie de la catégorie des occupations donnant lieu à des relations fondées sur le statut, pas plus que la profession de médecin, d'architecte et de courtier en valeurs mobilières, (le lord juge Scott, à la p. 222):

^h [TRADUCTION] À titre de personne exerçant une profession libérale, l'avocat est employé par un client, tout comme le médecin, l'architecte ou le courtier en valeurs mobilières, les droits et obligations respectifs des deux parties étant entièrement régis par le contrat de travail. [. . .] Une fois le contrat conclu, entrent en jeu les clauses contractuelles normales, et, en particulier, l'obligation de l'avocat de protéger les intérêts de son client et de se conformer aux directives qu'il en reçoit sur les questions faisant l'objet du contrat, par tous les moyens ⁱ ^j

There is to-day no common-law duty similar to that which survives in the case of a bailee or carrier, and no action lies in tort for the breach of the above duties. . . .

The judgment of Diplock L.J. in *Bagot v. Stevens Scanlan & Co.*, [1966] 1 Q.B. 197, was to a similar effect. Diplock L.J. held that the relationship of architect and client was not a "status relationship" (at p. 206):

. . . I can see nothing in the relationship of architect and client which can be said to give rise to the kind of status obligation which arises from the origins of the common law in the case of master and servant, common carrier, innkeeper, bailor and bailee.

For those who were not in one of the status relationships, on the other hand, a different regime governed the tort liabilities of parties to a contract. For all those who were not in status relationships, an action in negligence lay only if the duty relied upon in negligence was "independent" of the duty imposed by contract. Before the causes of action were abolished by the *Judicature Act*, the principle was stated to be that if no cause of action remained if the allegation of a contract were struck out, then the action was founded on contract alone: *Williamson v. Allison* (1802), 2 East. 446 (K.B.), 102 E.R. 439. In *Legge v. Tucker* (1856), H. & N. 500 (Ex.), 156 E.R. 1298, all the judges were unanimously of the opinion that an action in tort would lie only if there was a duty existing apart from the contract. In the words of Pollock C.B. (at p. 1299 E.R.): "Where the foundation of the action is a contract, in whatever way the declaration is framed, it is an action of *assumpsit*; but where there is a duty *ultra* the contract, the plaintiff may declare in case." In the words of Watson B. (at p. 1299 E.R.): "[T]he true question is, whether, if [the allegation of a contract] were struck out, any ground of action would remain. . . . There is no duty independently of the contract, and therefore it is an action of *assumpsit*." The judgment of Smith L.J. in *Turner*

appropriés. [. . .] Mais sur tous ces points, le lien entre les deux parties est d'ordre contractuel. Il n'existe plus de nos jours d'obligation en common law analogue à celle qui a survécu dans le cas du dépositaire ou du transporteur, et l'inexécution des obligations précitées ne donne ouverture à aucune action ayant un fondement délictuel . . .

Le jugement du lord juge Diplock dans *Bagot c. Stevens Scanlan & Co.*, [1966] 1 Q.B. 197, va dans le même sens. Lord Diplock y a estimé que les relations entre un architecte et son client n'étaient pas «fondées sur le statut» (à la p. 206):

[TRADUCTION] . . . je ne vois rien dans les relations entre un architecte et son client qui puisse donner naissance au genre d'obligation découlant d'un statut qu'on reconnaît depuis l'origine de la common law dans le cas de l'employeur et de l'employé, du transporteur public, de l'hôtelier, ainsi que du déposant et du dépositaire.

Quant à ceux, par ailleurs, qui n'avaient pas de relations fondées sur le statut, la responsabilité délictuelle des parties à un contrat obéissait à un régime différent. Dans leur cas, il n'y avait ouverture à un recours fondé sur la négligence que si l'obligation alléguée était «indépendante» de l'obligation imposée par le contrat. Avant l'abolition des causes d'action par la *Judicature Act*, le principe voulait que si la radiation de l'allégation relative au contrat entraînait la disparition de la cause d'action, l'action n'avait alors qu'un fondement purement contractuel: *Williamson c. Allison* (1802), 2 East. 446 (K.B.), 102 E.R. 439. Dans la décision *Legge c. Tucker* (1856), H. & N. 500 (Ex.), 156 E.R. 1298, les juges ont été unanimes à dire qu'une action en responsabilité délictuelle n'était recevable que si l'obligation existait indépendamment du contrat. D'après le baron en chef Pollock (à la p. 1299 E.R.), [TRADUCTION] «[L]orsque l'action repose sur un contrat, il s'agit d'une action en *assumpsit*, quel que soit le libellé de la déclaration; mais lorsque l'obligation excède le contrat, le demandeur peut exercer un recours délictuel». Selon le baron Watson (à la p. 1299 E.R.), [TRADUCTION] «[L]a véritable question est de savoir si, [l'allégation relative au contrat] étant radiée, la cause d'action demeurerait [. . .] Il n'y a pas d'obligation indépendamment du contrat, et il s'agit donc d'une action en

v. Stallibrass, [1898] 1 Q.B. 56 (C.A.), is to the same effect (at p. 58):

The rule of law on the subject, as I understand it, is that, if in order to make out a cause of action it is not necessary for the plaintiff to rely on a contract, the action is one founded on tort; but, on the other hand, if, in order successfully to maintain his action, it is necessary for him to rely upon and prove a contract, the action is one founded upon contract.

See also *Edwards v. Mallan*, [1908] 1 K.B. 1002 (C.A.), *per* Vaughan Williams L.J.

The “independent tort” requirement was applied and refined in more modern cases. In *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.), Viscount Finlay stated, at p. 548, that for an action in tort to lie in a contractual setting, there must be “an independent tort unconnected with the performance of the contract”. In this Court, Pigeon J. said in *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769, at pp. 777-78, relying on *Elder, Dempster & Co.*, *supra*, that no action for negligent misrepresentation would lie in “any case where the relationship between the parties is governed by a contract, unless the negligence relied on can properly be considered as ‘an independent tort’ unconnected with the performance of that contract. . .”. In *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385 (Ont. C.A.), Wilson J.A. (as she then was), dissenting in part, held that no action in tort would lie where the acts complained of by the plaintiff were in relation to the “very matters covered by the contract” (at p. 408):

... where the person to whom the duty is owed, the scope of the duty and the standard of care have all been expressly or impliedly agreed upon by the parties, it appears to me somewhat artificial to rely upon Lord Atkin’s “neighbour” test [as set out in *Donoghue v. Stevenson*, *supra*] to determine whether or not the duty is owed to the particular plaintiff and as to the requisite standard of care the defendant must attain. In other words, it would appear that if the acts or omissions com-

assumpsit.» Le lord juge Smith en est venu à la même conclusion dans la décision *Turner c. Stallibrass*, [1898] 1 Q.B. 56 (C.A.), à la p. 58:

[TRADUCTION] Si je ne m’abuse, la règle de droit pertinente est la suivante: si, d’une part, le demandeur n’a pas, pour établir le bien-fondé d’une cause d’action, à invoquer l’existence d’un contrat, l’action a un fondement délictuel; mais si, d’autre part, il lui faut, pour avoir gain de cause, s’appuyer sur un contrat et en faire la preuve, l’action a un fondement contractuel.

Voir également *Edwards c. Mallan*, [1908] 1 K.B. 1002 (C.A.), le lord juge Vaughan Williams.

L’exigence d’une «délict civil indépendant» a été appliquée et raffinée dans des décisions plus récentes. Dans *Elder, Dempster & Co. c. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.), le vicomte Finlay a dit, à la p. 548, que, pour qu’il y ait ouverture à une action en responsabilité délictuelle dans un cadre contractuel, il devait y avoir [TRADUCTION] «un délict civil indépendant n’ayant aucun rapport avec l’exécution du contrat». En notre Cour, le juge Pigeon, se fondant sur cet arrêt, a déclaré dans l’arrêt *J. Nunes Diamonds Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769, aux pp. 777 et 778, qu’il ne pourra y avoir action par suite d’une déclaration inexacte faite par négligence «lorsque les relations entre les parties sont régies par un contrat, à moins qu’il soit possible de considérer que la négligence imputée constitue un délict civil indépendant n’ayant aucun rapport avec l’exécution du contrat . . .» Dans l’arrêt *Dominion Chain Co. c. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385 (C.A. Ont.), le juge Wilson (plus tard juge de notre Cour), dissidente en partie, a conclu qu’une action ne peut avoir un fondement délictuel lorsque les actes reprochés par le demandeur sont reliés [TRADUCTION] «aux questions mêmes visées par le contrat» (à la p. 408):

[TRADUCTION] ... lorsqu’il y a eu entente expresse ou implicite des parties quant à la personne envers qui l’obligation existe, à la portée de cette obligation et à la norme de diligence applicable, il n’apparaît quelque peu artificiel de recourir au critère du «prochain» qu’a énoncé lord Atkin [dans l’arrêt *Donoghue v. Stevenson*, précité] pour décider si l’obligation existe envers le demandeur en cause et déterminer quelle est la norme de diligence applicable au défendeur. En d’autres

plained of by the plaintiff are in relation to the very matters covered by the contract, the essence of the plaintiff's action is breach of the contractual duty of care rather than breach of the general duty of care owed to one's "neighbour" in tort.

(b) *The Emergence of a Single Theory of Concurrent Liability*

Since *Esso Petroleum, supra*, the law in England and in Canada has ceased to apply a rule of concurrency for status relationships different from that in other relationships, although in *Esso Petroleum* it was not clear that this was the case. In finding that an architect was concurrently liable in contract and in tort, Lord Denning M.R. relied on the decision of Tindal C.J. in *Boorman v. Brown, supra*, a case based on status. However, any ambiguity was resolved by the judgment of Megaw L.J. in *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554 (C.A.). Megaw L.J. held that the rule in *Esso Petroleum* was not limited to "common callings", but was a rule of general application (at p. 566):

The distinction to which I have referred which Mr. Brown seeks to make is this: that the right of a plaintiff who sues in contract, where the facts giving rise to the breach of contract would also constitute a breach of common law duty apart from contract, to have the judgment entered on both heads is limited to cases where the common law duty is owed by one who conducts a common calling and thus is under a special type of legal liability, and to cases where the duty is owed by a professional man in respect of his professional skill. Mr. Brown contends that, though there is no affirmative authority for limiting the right in that way, it ought to be treated as being so limited because there is no case in the English books, going back over many years, which shows that the right has been allowed, or possibly even claimed, in cases other than the special types of case to which he referred, and in particular the professional skill types of case. In *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon* [1976] Q.B. 801 the right was held to arise in a case where the breach of duty was a breach of an expert in siting filling stations involving his professional skill. I see no reason, in logic or on practical grounds, for putting any such limitation on the scope of the right. It

termes, il semblerait que, si les actes ou les omissions reprochés par le demandeur sont reliés aux questions mêmes visées par le contrat, l'action du demandeur repose essentiellement sur le manquement à une obligation contractuelle de diligence plutôt que sur le manquement à l'obligation générale de diligence envers son «prochain» qui existe en matière délictuelle.

b) *L'émergence d'une théorie unique en matière de responsabilité concomitante*

Depuis l'arrêt *Esso Petroleum*, précité, on a cessé, en droit anglais et canadien, d'appliquer une règle de concomitance différente pour les relations fondées sur le statut et les autres types de relations, bien que cela ne ressorte pas clairement de cet arrêt. En concluant à la responsabilité délictuelle et contractuelle concomitante d'un architecte, le maître des rôles lord Denning s'est appuyé sur la décision rendue par le juge en chef Tindal dans l'arrêt *Boorman c. Brown*, précité, affaire fondée sur le statut. Cependant, toute ambiguïté a été levée par l'arrêt *Batty c. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554 (C.A.). Le lord juge Megaw y dit que la règle énoncée dans l'arrêt *Esso Petroleum* ne se limite pas aux «professions publiques», mais est d'application générale (à la p. 566):

[TRADUCTION] La distinction que j'évoque et que M. Brown cherche à établir est celle-ci: lorsque les faits donnant lieu à l'inexécution du contrat constitueraient également la violation d'une obligation en common law indépendante du contrat, le droit du demandeur qui exerce un recours contractuel d'obtenir jugement à ces deux titres se limite aux cas où celui à qui incombe l'obligation en common law exerce une profession publique et encourt donc un type particulier de responsabilité légale, ainsi qu'aux cas où cette obligation incombe à une personne exerçant une profession libérale en ce qui touche sa compétence professionnelle. Monsieur Brown soutient que, bien que la jurisprudence ne puisse être invoquée à l'appui d'une telle limitation, on doit considérer que le droit est ainsi restreint parce que les recueils anglais depuis de nombreuses années ne contiennent aucun exemple de décision où le droit a été reconnu ou même réclamé dans des cas autres que les cas particuliers dont il a fait mention, et notamment les cas mettant en cause la compétence professionnelle. Dans l'arrêt *Esso Petroleum Co. Ltd. c. Mardon*, [1976] Q.B. 801, ce droit a été reconnu dans une affaire où le manquement reproché était celui d'un expert dans le

would, I think, be an undesirable development in the law if such an artificial distinction, for which no sound reason can be put forward, were to be held to exist.

More generally, in *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.), Lord Wilberforce acknowledged that the duty of care in tort is now a general one, arising as a result of proximity, and not of the particular class of relationship between the parties (at p. 498):

Through the trilogy of cases in this House, *Donoghue v Stevenson*, *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* and *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd*, the position has now been reached that in order to establish that a duty of care arises in a particular situation, it is not necessary to bring the facts of that situation within those of previous situations in which a duty of care has been held to exist. Rather the question has to be approached in two stages. First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter, in which case a prima facie duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise. . . .

This trend towards a single theory of concurrent liability in tort and contract was recognized in Canada by La Forest J.A. (as he then was) in *New Brunswick Telephone Co. v. John Maryon International Ltd.* (1982), 43 N.B.R. (2d) 469 (C.A.). After an extensive review of the case law, La Forest J.A. concluded that an architect was concurrently liable in contract and in tort. La Forest J.A. based his conclusion on the concept of a general tort of negligence (at p. 520): “[W]hile I could dispose of this case by simply adding the profession of structural engineer to the list of common

choix d’emplacements de stations-service exigeant sa compétence professionnelle. Je ne vois aucune raison, logique ou pratique, de restreindre ainsi le droit. J’estime que ce serait une évolution non souhaitable du droit que de reconnaître une distinction aussi artificielle dont aucun motif valable ne peut justifier l’existence.

De façon plus générale, lord Wilberforce a reconnu, dans l’arrêt *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.), que l’obligation de diligence en matière délictuelle a maintenant une portée générale résultant d’un lien étroit et non de la catégorie particulière de relations existant entre les parties (à la p. 498):

[TRADUCTION] Les trois arrêts suivants de la présente cour, *Donoghue c. Stevenson*, *Hedley Byrne & Co. Ltd. c. Heller & Partners Ltd.* et *Home Office c. Dorset Yacht Co. Ltd.*, ont établi le principe selon lequel, lorsqu’il s’agit de prouver qu’il existe une obligation de diligence dans une situation donnée, il n’est pas nécessaire de démontrer que les faits de cette situation sont semblables aux faits de situations antérieures où il a été jugé qu’une telle obligation existait. Il faut plutôt aborder cette question en deux étapes. En premier lieu, il faut se demander s’il existe, entre l’auteur allégué de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit de proximité ou de voisinage pour que le manque de diligence de la part de l’auteur de la faute puisse raisonnablement être perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l’autre personne—auquel cas il existe à première vue une obligation de diligence. Si on répond par l’affirmative à la première question, il faut se demander en second lieu s’il existe des motifs de rejeter ou de restreindre la portée de l’obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages qui peuvent découler de l’inexécution de cette obligation . . .

Cette tendance en faveur d’une théorie unique de responsabilité concomitante en matières contractuelle et délictuelle a été reconnue au Canada par le juge La Forest (maintenant juge de notre Cour) dans l’arrêt *New Brunswick Telephone Co. c. John Maryon International Ltd.* (1982), 43 N.B.R. (2d) 541 (C.A.). Après un examen fouillé de la jurisprudence, le juge La Forest a conclu qu’un architecte encourait une responsabilité à la fois contractuelle et délictuelle. Il s’est fondé, à la p. 591 sur la notion de délit civil général de négligence: «[B]ien que je puisse trancher cette cause

callings and skilled professions, I prefer to base my judgment on the generalized tort of negligence”.

In *Central Trust v. Rafuse*, *supra*, Le Dain J. also rejected any distinction between status relationships and other relationships in determining whether parties to a contract can also recover in tort. Instead, Le Dain J. found that a single rule applied to all relationships (at p. 205): “[T]he question is whether there is a relationship of sufficient proximity, not how it arose.” The rule of concurrency which Le Dain J. adopted was a compromise between two strands of authority.

In one strand of authority, that governing the status relationships, any duty arising in tort had always been concurrent with duties arising under the contract: *Brown v. Boorman*, *supra*. In the other strand of authority, the duty in tort was only concurrent with the duty in contract if the negligence complained of was unconnected with the performance of the contract: *J. Nunes Diamonds*, *supra*. The compromise position adopted by Le Dain J. was that any duty arising in tort will be concurrent with duties arising under the contract, unless the duty which the plaintiff seeks to rely on in tort is also a duty defined by an express term of the contract. If the duty is defined by an express term of the contract, the plaintiff will be confined to whatever remedies are available in the law of contract (at p. 205):

... the nature and scope of the duty of care that is asserted as the foundation of the tortious liability must not depend on specific obligations or duties created by express terms of the contract. ... Where the common law duty of care is co-extensive with that which arises as an implied term of the contract it obviously does not depend on the terms of the contract. ... The same is also true of reliance on a common law duty of care that falls short of a specific obligation or duty imposed by the express terms of a contract.

In my opinion, the compromise struck by Le Dain J. is an appropriate one. If the parties to a

en ajoutant simplement la profession d'ingénieur en construction à la liste des métiers communs et des métiers spécialisés, je préfère fonder mon jugement sur le délit civil de négligence qui a une portée générale».

Dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse*, précité, le juge Le Dain a lui aussi rejeté la distinction entre les relations fondées sur le statut et les autres pour décider si les parties à un contrat peuvent exercer un recours en responsabilité délictuelle. À son avis, toutes les relations obéissent à une seule règle (à la p. 205): «[L]a question est de savoir s'il existe des rapports suffisamment étroits, et non pas de savoir comment ils ont pris naissance.» La règle de concomitance qu'il a adoptée était un compromis entre deux courants jurisprudentiels.

Selon le premier courant, auquel se rattachaient les relations fondées sur le statut, il y avait toujours eu concomitance des obligations de nature délictuelle et des obligations résultant du contrat: *Brown c. Boorman*, précité. Suivant le second courant, il n'y avait concomitance que si la négligence reprochée n'était pas liée à l'exécution du contrat: *J. Nunes Diamonds*, précité. Suivant la position de compromis du juge Le Dain, les obligations délictuelles et contractuelles seront concomitantes sauf si l'obligation en responsabilité délictuelle qu'invoque le demandeur constitue également une obligation expressément prévue au contrat. En pareil cas, les recours du demandeur seront limités à ceux prévus par le droit des contrats (à la p. 205):

... la nature et la portée de l'obligation de diligence invoquée comme fondement de la responsabilité délictuelle ne doivent pas dépendre d'obligations ou de devoirs précis créés expressément par le contrat. [...] Lorsque l'obligation de diligence en *common law* coïncide avec celle qui résulte d'une condition implicite du contrat, il est évident qu'elle ne dépend pas des conditions de ce contrat [...] Il en va de même de la possibilité de se fonder sur une obligation de diligence en *common law* qui ne correspond pas à une obligation précise imposée expressément par un contrat.

À mon avis, le compromis auquel est arrivé le juge Le Dain est opportun. Si les parties à un con-

contract choose to define a specific duty as an express term of the contract, then the consequences of a breach of that duty ought to be determined by the law of contract, not by tort law. Whether or not an implied term of a contract can define a duty of care in such a way that a plaintiff is confined to a remedy in contract is not at issue in this case. I leave that determination to another day. While the rule articulated by Le Dain J. is a rule of law which does not depend on the presumed or actual intention of the parties, the intention which can be inferred from the fact that the parties have made the duty an express term of the contract provides policy support for the rule. If a duty is an express term of the contract, it can be inferred that the parties wish the law of the contract to govern with respect to that duty. This is of particular significance given that the result of a breach of a contractual duty may be different from that of a breach of a duty in tort. As Wilson J.A. noted in *Dominion Chain Co.*, *supra*, a plaintiff's substantive rights may be different in contract and in tort (at p. 409):

His cause of action may arise later in tort resulting in a later expiry of the limitation period. His damage may be greater in quantum and different in kind if he sues in tort. On the other hand his action in contract may survive him or be the subject of a set-off or counterclaim, neither of which would be so if his action were framed in tort.

The fact that damages may be assessed differently in contract from in tort was recently affirmed by this Court in *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 3 S.C.R. 3.

A further policy rationale for the rule advanced by Le Dain J. is that contracts have become, particularly in commercial contexts, increasingly complex. Commercial contracts allocate risks and fix the mutual duties and obligations of the parties. Where there is an express term creating a contrac-

trat choisissent de faire d'une obligation particulière une condition expresse, les conséquences de la violation de cette obligation devraient être déterminées par le droit des contrats et non par le droit de la responsabilité délictuelle. Qu'une condition implicite d'un contrat puisse être ou non déterminative d'une obligation de diligence de sorte que le demandeur est limité à un recours contractuel n'est pas en litige en l'espèce. Je m'abstiens, pour le moment, de me prononcer sur cette question. Bien que la règle formulée par le juge Le Dain soit une règle de droit qui ne dépend pas de l'intention réelle ou présumée des parties, elle se justifie, sur le plan des principes, par l'intention qu'on peut déduire du fait que les parties ont érigé l'obligation au rang de condition expresse du contrat. Si une obligation constitue une condition expresse du contrat, on peut en inférer que les parties ont voulu que ce soit le droit des contrats qui s'applique à cet égard. Cela est particulièrement important étant donné la possibilité que le résultat de l'inexécution d'une obligation en matière contractuelle diffère de celui de la violation d'une obligation en matière délictuelle. Ainsi que l'a fait observer le juge Wilson dans l'arrêt *Dominion Chain Co.*, précité, les droits du demandeur peuvent différer en matières contractuelle et délictuelle (à la p. 409):

[TRADUCTION] Sa cause d'action peut prendre naissance plus tard en matière délictuelle, d'où une date ultérieure de prescription. Les dommages-intérêts peuvent être plus élevés et différer quant à leur nature. En revanche, une action en matière contractuelle peut lui survivre et faire l'objet d'une compensation ou d'une demande reconventionnelle, ce qui ne serait pas le cas si le recours avait un fondement délictuel.

Notre Cour a confirmé récemment, dans l'arrêt *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 3 R.C.S. 3, qu'il peut y avoir évaluation différente des dommages suivant le fondement contractuel ou délictuel du recours.

La règle posée par le juge Le Dain se justifie en outre, quant au principe, par la complexité de plus en plus grande des contrats, surtout en matière commerciale. Les contrats commerciaux prévoient la répartition des risques et fixent les devoirs et obligations respectifs des parties. Si une obligation

tual duty, it is appropriate that the parties be held to the bargain which they have made. Tort duties are of "uncertain definition and scope": H. Johnson, "Contract and Tort: Orthodoxy Reasserted!" (1990), 9 *Int'l Banking L.* 306. Commercial parties ought to be able to fix their respective rights and obligations in a particular transaction with certainty. Contractual certainty is a *sine qua non* without which reliance and the execution of obligations are seriously impaired. Moreover, without certainty, the transaction costs associated with a given commercial arrangement would most likely increase, perhaps drastically. In *V.K. Mason Construction Ltd. v. Bank of Nova Scotia*, [1985] 1 S.C.R. 271, Wilson J. alluded to these considerations stating, at p. 282, that "much of the value of commercial contracts lies in their ability to produce certainty. Parties are enabled to regulate their relationship by means of words rather than by means of their understanding of what each other's actions are intended to imply."

However, I do not believe that the rule advanced by *Le Dain J.* that forecloses a claim in tort is absolute in all circumstances. In this respect, I would favour a contextual approach which takes into account the context in which the contract is made, and the position of the parties with respect to one another, in assessing whether a claim in tort is foreclosed by the terms of a contract. The policy reasons in favour of the rule advanced by *Le Dain J.* are strongest where the contractual context is commercial and the parties are of equal bargaining power. There was no question of unconscionability or inequality of bargaining power in *Central Trust v. Rafuse*, *supra*, as there is no such question in this case. If such issues, or others analogous to them, were to arise, however, a court should be wary not to exclude too rapidly a duty of care in tort on the basis of an express term of the contract, especially if the end result for the plaintiff would be a wrong without a remedy.

résulte d'une condition expresse du contrat, il convient que les parties soient régies par l'entente qu'elles ont conclue. Quant aux obligations délictuelles, elles ont [TRADUCTION] «une définition et une portée incertaines»: H. Johnson, «Contract and Tort: Orthodoxy Reasserted!» (1990), 9 *Int'l Banking L.* 306. Les parties doivent être en mesure, dans une opération commerciale donnée, de déterminer avec certitude leurs droits et obligations respectifs. La certitude en matière contractuelle est une condition *sine qua non* sans laquelle la fiabilité et l'exécution des obligations sont sérieusement compromises. De plus, dans l'incertitude, on risquerait fort d'assister à une augmentation, voire radicale, des coûts reliés à la conclusion d'une entente commerciale. Dans l'arrêt *V.K. Mason Construction Ltd. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1985] 1 R.C.S. 271, le juge Wilson a évoqué ces considérations en affirmant, à la p. 282, que «l'utilité principale des contrats commerciaux [...] est de procurer une certitude. Les parties sont en mesure de déterminer leurs rapports au moyen d'écrits plutôt qu'en essayant de déchiffrer ce que l'autre a voulu signifier par ses actes.»

Je ne crois pas, toutefois, que la règle avancée par le juge *Le Dain* à l'encontre du recours en responsabilité délictuelle soit absolue dans tous les cas. À cet égard, pour savoir si un recours en responsabilité délictuelle est exclu en raison des clauses du contrat, j'adopterais une méthode permettant de tenir compte du contexte dans lequel le contrat est intervenu, ainsi que de la position des parties l'une par rapport à l'autre. C'est dans un contexte commercial où les parties ont un pouvoir de négociation égal que la règle établie par le juge *Le Dain* a le plus sa raison d'être. Il n'était pas question d'iniquité ni de pouvoir de négociation inégal dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse*, précité, pas plus qu'en l'espèce. Mais si ces questions ou d'autres semblables devaient être soulevées, le tribunal devrait se garder d'exclure trop rapidement l'existence d'une obligation de diligence en matière délictuelle en invoquant une condition expresse du contrat, surtout si cela signifiait l'absence de recours pour le demandeur lésé.

(3) Contractual Terms Excluding or Limiting Liability or Duty

As noted above, contractual exclusion or limitation clauses can operate either to exclude or limit liability, or to limit the duty owed by one party to the other. In neither case will the plaintiff be permitted to use an action in tort to circumvent the limitation of liability or of duty in the contract. Terms going to duty are of particular importance where one party is alleging negligent misrepresentation, as Checo is in this case.

It is well-settled that a clause limiting liability in contract can, in appropriate circumstances, also have the effect of limiting liability in tort: see, for example, *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, and *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299. In the words of Scrutton L.J. in *Hall v. Brooklands Auto Racing Club*, [1933] 1 K.B. 205 (C.A.), at p. 213:

... where the defendant has protection under a contract, it is not permissible to disregard the contract and allege a wider liability in tort: *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, per Lord Cave, Lord Finlay and Lord Sumner.

The rule that liability in tort cannot be used to circumvent a contractual limitation of liability is supported by recent Canadian authority, including *Central Trust v. Rafuse*, *supra*, itself. In *New Brunswick Telephone Co. v. John Maryon International Ltd.*, *supra*, La Forest J.A. stated that (at p. 506):

... the law of negligence will not be used to give a remedy to a person for a breach of contract for which he is absolved under the contract. ... Parties are free to con-

(3) Les clauses contractuelles excluant ou limitant la responsabilité ou les obligations

Comme je l'ai dit précédemment, les clauses contractuelles d'exclusion ou de limitation peuvent avoir pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité, ou encore de limiter les obligations qu'une des parties a envers l'autre. Dans l'un ou l'autre cas, il ne sera pas permis au demandeur de se servir du recours en responsabilité délictuelle pour contourner la limitation de la responsabilité ou des obligations prévue au contrat. Les clauses relatives aux obligations revêtent une importance particulière lorsqu'une partie allègue qu'il y a eu déclaration inexacte faite par négligence, comme le fait Checo en l'espèce.

Il est bien établi qu'une clause contractuelle de limitation de la responsabilité peut, selon les circonstances, avoir également pour effet de limiter la responsabilité délictuelle: voir, à titre d'exemple, *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, et *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299. Pour reprendre les mots du lord juge Scrutton dans l'arrêt *Hall c. Brooklands Auto Racing Club*, [1933] 1 K.B. 205 (C.A.), à la p. 213 :

[TRADUCTION] ... lorsque le défendeur jouit d'une protection en vertu d'un contrat, il n'est pas permis de faire abstraction du contrat et d'alléguer une responsabilité délictuelle plus grande: *Elder, Dempster & Co. c. Paterson, Zochonis & Co.*, lord Cave, lord Finlay et lord Sumner.

La règle suivant laquelle la responsabilité délictuelle ne peut servir à contourner la limitation contractuelle de responsabilité trouve appui dans la jurisprudence canadienne récente, y compris dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse*, précité. Dans l'arrêt *New Brunswick Telephone Co. c. John Maryon International Ltd.*, précité, le juge La Forest dit à la p. 575:

... le droit de la négligence ne sera pas utilisé pour donner un recours à une personne en raison d'une violation de contrat dont le défendeur est déchargé aux termes du contrat. [...] Les parties sont libres de passer des contrats comportant des clauses de non-responsabilité,

tract out of liabilities, tortious or otherwise, and the courts should not interfere with their agreements.

The point was reiterated by Le Dain J. in *Central Trust v. Rafuse* (at p. 206):

A concurrent or alternative liability in tort will not be admitted if its effect would be to permit the plaintiff to circumvent or escape a contractual exclusion or limitation of liability for the act or omission that would constitute the tort.

See, on this question, *London Drugs Ltd.*, *supra*, where I deduce from this principle one of many reasons for permitting employees, in certain circumstances, to obtain directly the benefit of their employer's contractual limitation of liability clause so as to limit their liability for the breach of a common law duty of care. See also *Peters v. Parkway Mercury Sales Ltd.* (1975), 10 N.B.R. (2d) 703 (C.A.).

Contractual terms may also operate to limit the duty (as distinct from the liability ensuing from a breach of duty), tortious or otherwise, owed by one party to the other. To quote B. M. McLachlin and W. J. Wallace, *The Canadian Law of Architecture and Engineering* (1987), at p. 134:

... it may now be said that courts have come to accept the concurrency of obligations imposed by tort law and obligations imposed by contract. However, this is subject to an important limitation. Where the parties have defined their duties by contract, the court will not impose contrary obligations on them. A contract defining the parties' rights and responsibilities will be a factor limiting the scope of the duty in tort.

Clauses limiting the duty owed by one party to the other are often important in cases where negligent misrepresentation is alleged. Such disclaimers or "non-reliance clauses", as they are sometimes described, may be contractual or extra-contractual. It should not be forgotten that in the leading case, *Hedley Byrne*, *supra*, the defendant bank was found not liable because the representation had been accompanied by the following disclaimer:

délictuelle ou autre, et les tribunaux ne devraient pas intervenir dans leurs conventions.

Le juge Le Dain a repris ce point dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse* (à la p. 206):

Une responsabilité délictuelle concurrente ou alternative ne sera pas admise si elle a pour effet de permettre au demandeur de contourner ou d'éluder une clause contractuelle d'exonération ou de limitation de responsabilité pour l'acte ou l'omission qui constitue le délit civil.

Voir, sur cette question, *London Drugs Ltd.*, précité, où j'ai déduit de ce principe l'une des nombreuses raisons de permettre aux employés, dans certaines circonstances, de bénéficier directement de la clause contractuelle de limitation de responsabilité de leur employeur de façon à limiter leur propre responsabilité pour manquement à une obligation de diligence en common law. Voir également *Peters c. Parkway Mercury Sales Ltd.* (1975), 10 N.B.R. (2d) 703 (C.A.).

Les clauses contractuelles peuvent aussi avoir pour effet de limiter l'obligation (distincte de la responsabilité résultant du manquement à une obligation), en responsabilité délictuelle ou autre, qu'une partie a envers l'autre. B. M. McLachlin et W. J. Wallace, *The Canadian Law of Architecture and Engineering* (1987), s'expriment comme suit à la p. 134:

[TRADUCTION] ... on peut maintenant dire que les tribunaux en sont venus à accepter la concomitance des obligations découlant du droit de la responsabilité délictuelle et des obligations imposées par contrat. Ce principe est toutefois soumis à une importante réserve: lorsque les parties ont défini leurs obligations par contrat, le tribunal ne leur imposera pas d'obligations contraires. Le contrat précisant les droits et responsabilités des parties sera un facteur limitant la portée de l'obligation en responsabilité délictuelle.

Les clauses limitant les obligations d'une partie envers l'autre s'avèrent souvent importantes dans les cas où on allègue qu'il y a eu déclaration inexacte faite par négligence. Ces dénégations, parfois appelées «clauses de protection», peuvent être contractuelles ou extracontractuelles. N'oublions pas que dans l'arrêt de principe *Hedley Byrne*, précité, la responsabilité de la banque défenderesse n'a pas été retenue parce que la

“CONFIDENTIAL. For your private use and without responsibility on the part of this bank or its officials.” There was no contract between the parties. Lord Morris found that the effect of the disclaimer was to negate any duty of care which would otherwise have been owed by the defendant (at p. 504):

... in my judgment, the bank in the present case, by the words which they employed, effectively disclaimed any assumption of a duty of care. They stated that they only responded to the inquiry on the basis that their reply was without responsibility. If the inquirers chose to receive and act upon the reply they cannot disregard the definite terms upon which it was given.

Disclaimers or “non-reliance clauses” may also be contractual. In *Carman Construction Ltd. v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1982] 1 S.C.R. 958, the defendant successfully raised a contractual disclaimer clause as a defence to an action for negligent misrepresentation. The relevant clause of the contract was in the following terms (at p. 961):

3.1. It is hereby declared and agreed by the Contractor that this Agreement has been entered into by him on his own knowledge respecting the nature and conformation of the ground upon which the work is to be done, the location, character, quality and quantities of the material to be removed, the character of the equipment and facilities needed, the general and local conditions and all other matters which can in any way affect the work under this Agreement, and the Contractor does not rely upon any information given or statement made to him in relation to the work by the Company. [Emphasis added.]

Martland J. was careful to characterize the clause as a “non-reliance provision” negating the existence of a duty of care, as distinct from a clause limiting liability for the breach of a duty (at p. 973):

déclaration était accompagnée de la dénégation suivante: [TRADUCTION] «CONFIDENTIEL. Pour votre usage personnel et sous toutes réserves de la part de la banque ou de ses représentants.» Il n’y avait pas de contrat entre les parties. Lord Morris a jugé que la dénégation avait pour effet d’écarter toute obligation de diligence qu’aurait eue par ailleurs la défenderesse (à la p. 504):

[TRADUCTION] ... à mon avis, la banque a effectivement en l’espèce, de par les mots employés, écarté toute obligation potentielle de diligence. Ses représentants ont affirmé n’avoir répondu à la demande de renseignements qu’à la condition que leur responsabilité ne soit pas engagée. Si ceux qui ont demandé les renseignements ont choisi d’accepter la réponse et d’agir en conséquence, ils ne peuvent faire abstraction des conditions expresses dans lesquelles elle a été donnée.

Les dénégations ou «clauses de protection» peuvent également être d’origine contractuelle. Dans l’arrêt *Carman Construction Ltd. c. Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique*, [1982] 1 R.C.S. 958, la défenderesse a invoqué avec succès une clause contractuelle de dénégation en défense à une action pour déclaration inexacte faite par négligence. La clause pertinente était ainsi libellée (à la p. 961):

[TRADUCTION]

3.1. Par les présentes, l’entrepreneur reconnaît qu’il a signé le présent contrat en fonction de sa propre connaissance de la nature et de la configuration du sol où doivent être exécutés les travaux, de l’emplacement, de la nature, de la qualité et du volume du matériau à enlever, du genre d’équipement et d’installations nécessaires, des conditions générales et locales et de toutes les autres questions qui peuvent influencer, de quelque manière que ce soit, sur les travaux à exécuter en vertu du présent contrat, et l’entrepreneur ne se fie à aucun renseignement que la Compagnie lui a donné ni à aucune déclaration qu’elle lui a faite concernant les travaux. [Je souligne.]

Le juge Martland a pris soin de qualifier la clause de «disposition de protection» écartant l’existence d’une obligation de diligence, et de la distinguer d’une clause de limitation de responsabilité en cas d’inexécution d’une obligation (à la p. 973):

... I do not regard s. 3.1 as being a clause exempting from liability. It is what the Court of Appeal described as a non-reliance provision, the effect of which was to prevent liability arising on the part of C.P.R. in respect of statements made or information given by its employees.

To summarize, if the liability of a party to a contract is limited or excluded by a term of the contract, or if a contractual term limits or negates the duty owed by one party to the other (whether in contract or in tort), the other party to the contract may not use an action in tort to impose a wider liability on the first party than would be available under the contract.

C. Negligent Misrepresentation

Checo alleges that Hydro negligently misrepresented the state of the right-of-way. The majority of the British Columbia Court of Appeal agreed. In *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87, a case involving issues somewhat similar to those in the present appeal, I reviewed many aspects of the tort of negligent misrepresentation including the required elements for such an action. The specific question I should like to address in this case is: if the parties are in a contractual relationship, under what circumstances will it be open to one of the parties to allege that the other was guilty of negligent misrepresentation? In other words, when will the existence of a contract preclude a tort action for negligent misrepresentation?

The action for negligent misrepresentation was first recognized by the decision of the House of Lords in *Hedley Byrne, supra*. The ingredients of a negligent misrepresentation set out in that case remain good law today. To quote from the speech of Lord Morris (at pp. 502-3):

My Lords, I consider that it follows and that it should now be regarded as settled that if someone possessed of a special skill undertakes, quite irrespective of contract,

... je ne considère pas que la clause 3.1 est une clause d'exonération de responsabilité. C'est ce que la Cour d'appel a décrit comme une disposition de protection qui avait pour effet d'empêcher le C.P. d'être tenu responsable des déclarations faites ou des renseignements donnés par ses employés.

En résumé, si la responsabilité d'une partie est limitée ou exclue par le contrat, ou si une clause contractuelle limite ou écarte l'obligation (de nature contractuelle ou délictuelle) qu'une partie a envers l'autre, il n'est pas loisible à l'autre partie de recourir à une action en responsabilité délictuelle pour imposer à son cocontractant une responsabilité plus grande que ne le permet le contrat.

C. Déclaration inexacte faite par négligence

Checo prétend qu'Hydro lui a fait une déclaration inexacte par négligence à propos de l'état de l'emprise, allégation à laquelle s'est ralliée à la majorité la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Dans l'arrêt *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87, où des questions semblables à celles soulevées dans le présent pourvoi sont en cause, je passe en revue de nombreux aspects du délit civil résultant d'une déclaration inexacte faite par négligence, et notamment les éléments requis pour tenter une action sur ce fondement. En l'espèce, la question particulière que j'aimerais aborder est la suivante: si les parties ont entre elles des liens contractuels, dans quelles circonstances l'une d'elles pourra-t-elle alléguer que l'autre s'est rendue coupable d'avoir fait une déclaration inexacte par négligence? En d'autres termes, à quel moment l'existence d'un contrat exclura-t-elle l'action en responsabilité délictuelle par suite d'une déclaration inexacte faite par négligence?

L'action en responsabilité pour déclaration inexacte faite par négligence a été pour la première fois reconnue dans l'arrêt de la Chambre des lords *Hedley Byrne*, précité. Dans un passage considéré encore aujourd'hui comme un bon exposé du droit, lord Morris énumère les éléments constitutifs du délit (aux pp. 502 et 503):

[TRADUCTION] Je considère, chers collègues, qu'il s'ensuit et qu'il devrait maintenant être considéré comme établi que, lorsque quelqu'un qui possède une

to apply that skill for the assistance of another person who relies upon such skill, a duty of care will arise. The fact that the service is to be given by means of or by the instrumentality of words can make no difference. Furthermore, if in a sphere in which a person is so placed that others could reasonably rely upon his judgment or his skill or upon his ability to make careful inquiry, a person takes it upon himself to give information or advice to, or allows his information or advice to be passed on to, another person who, as he knows or should know, will place reliance upon it, then a duty of care will arise.

The rule in *Hedley Byrne, supra*, has been adopted in numerous Canadian cases, some of which will be discussed below. Although *Hedley Byrne* was considered revolutionary when it was decided, the case was in fact the culmination of a series of majority and dissenting judgments extending back into the last century. Like *Donoghue v. Stevenson, supra*, *Hedley Byrne* needs to be understood in its context. An understanding of this context is particularly important to assessing the role of negligent misrepresentation where the parties are in a contractual relationship.

Before *Hedley Byrne, supra*, it was settled law that a misrepresentation could give rise to damages only if it was fraudulent, or if the representation was a collateral warranty to a contract. An “innocent” misrepresentation (which included what would now, since *Hedley Byrne*, be characterized as a negligent misrepresentation) was not actionable in itself, but only if it formed part of a valid contract.

The leading case in fraudulent misrepresentation was *Derry v. Peek* (1889), 14 App. Cas. 337 (H.L.). In *Derry v. Peek*, the Court of Appeal held that a negligent misrepresentation—one made without due care as to its truth or falsehood—gave rise to an action in damages for deceit for anyone to whom the statement was directed and who relied on the statement to his or her detriment. The House of Lords rejected the suggestion that a false state-

habileté particulière s’engage, tout à fait indépendamment d’un contrat, à mettre cette habileté au service d’une autre personne qui se fie à cette habileté, une obligation de diligence est créée. Le fait que le service doit être rendu à l’aide ou au moyen de mots ne peut faire de différence. De plus, lorsqu’une personne, qui occupe dans un domaine déterminé une place propre à inciter les gens à avoir raisonnablement confiance en son jugement ou en son habileté, ou en son aptitude à faire des recherches minutieuses, prend sur elle de donner un renseignement ou un conseil, ou permet que ce renseignement ou ce conseil soit transmis à un tiers qui, comme elle le sait ou devrait le savoir, s’y fiera, une obligation de diligence est créée.

La règle de l’arrêt *Hedley Byrne*, précité, a été reprise dans un grand nombre de décisions canadiennes, dont quelques-unes auxquelles nous nous arrêterons. Bien que cet arrêt ait été considéré comme révolutionnaire au moment où il a été rendu, ce n’était en fait que le point culminant d’une série d’opinions majoritaires et dissidentes remontant au siècle dernier. Tout comme l’arrêt *Donoghue c. Stevenson*, précité, l’arrêt *Hedley Byrne* doit être replacé dans son contexte. Il est particulièrement important de bien comprendre ce contexte pour déterminer l’incidence d’une déclaration inexacte faite par négligence lorsque les parties ont entre elles des liens contractuels.

Avant l’arrêt *Hedley Byrne*, précité, il était établi qu’une déclaration inexacte ne pouvait donner ouverture à des dommages-intérêts que si elle était frauduleuse, ou encore si elle constituait une garantie accessoire à un contrat. Une déclaration inexacte faite «de bonne foi» (y compris ce qu’on appellerait maintenant, depuis l’arrêt *Hedley Byrne*, une déclaration inexacte faite par négligence) n’ouvrait pas droit à une action en soi, mais seulement si elle faisait partie d’un contrat valide.

L’arrêt de principe sur la question des déclarations inexactes et frauduleuses était l’arrêt *Derry c. Peek* (1889), 14 App. Cas. 337 (H.L.). Dans cet arrêt, la Cour d’appel a jugé qu’une déclaration inexacte faite par négligence—avec insouciance quant à son exactitude ou à sa fausseté—donnait ouverture à une poursuite en dommages-intérêts pour dol par toute personne à qui la déclaration s’adressait et qui s’y était fiée à son détriment. La

ment made negligently was actionable. In the words of Lord Herschell, “making a false statement through want of care falls far short of, and is a very different thing from, fraud, and the same may be said of a false representation honestly believed though on insufficient grounds” (p. 375). The House held that for an action in deceit or fraud to lie, the person making the statement must either know the statement to be false, or be reckless as to its truth or falsehood. This principle was reaffirmed by the House in *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932, where Viscount Haldane L.C. said this (at pp. 953-54): “It must now be taken to be settled that nothing short of proof of a fraudulent intention in the strict sense will suffice for an action of deceit.”

Although actions on warranties were originally actions in tort, actions for breach of warranty had become, by the nineteenth century, actions in contract. See Baker, *supra*, at pp. 293-95. The leading case of *Heilbut, Symons & Co. v. Buckleton*, [1913] A.C. 30 (H.L.), settled the rule that for a representation to be actionable as a warranty, it must have been made with promissory intent.

The appellants in *Heilbut, Symons* were rubber merchants, who were promoting shares in what they represented was a rubber company. The respondent bought a large number of shares. The company turned out to be other than as it had been described, and the respondent brought an action in fraud and for breach of warranty. At trial, the jury found that the company had not been correctly represented by the appellants, but that the misrepresentation was not fraudulent. The jury did, however, find that the appellants had warranted that the company was a rubber company. The House of Lords allowed the appeal. In his speech, Lord Moulton held that no liability can flow from a rep-

Chambre des lords a rejeté la prétention voulant qu'une fausse déclaration faite négligemment puisse ouvrir droit à une poursuite. Selon lord Herschell, [TRADUCTION] «faire une fausse déclaration par imprudence n'équivaut pas à une fraude et en est même très différente, et l'on peut en dire autant d'une fausse déclaration à laquelle on a ajouté foi honnêtement mais pour des motifs insuffisants» (à la p. 375). La Chambre des lords a conclu que pour qu'il y ait ouverture à une action pour dol ou fraude, celui qui fait la déclaration doit ou bien savoir qu'elle est fausse, ou être insouciant quant à son exactitude ou à sa fausseté. Ce principe a été réaffirmé par la Chambre dans l'arrêt *Nocton c. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932, où le vicomte Haldane, lord Chancelier, a dit, (aux pp. 953 et 954): [TRADUCTION] «On doit maintenant tenir pour établi que rien de moins que la preuve d'une intention frauduleuse au sens strict du terme ne suffira à fonder une action pour dol».

Bien que l'action fondée sur une garantie ait été à l'origine une action en responsabilité délictuelle, l'action en violation de garantie est devenue, au XIX^e siècle, une action en responsabilité contractuelle. Voir Baker, *op. cit.*, aux pp. 293 à 295. L'arrêt de principe *Heilbut, Symons & Co. c. Buckleton*, [1913] A.C. 30 (H.L.), a établi la règle suivant laquelle pour que la déclaration donne lieu à une action fondée sur une garantie, elle doit avoir été présentée comme une promesse.

Dans cette affaire, les appelants étaient des négociants en caoutchouc qui faisaient la promotion d'actions dans ce qu'ils disaient être une compagnie de caoutchouc. L'intimé avait acheté un grand nombre de ces actions. La compagnie s'étant avérée différente de la description qui en avait été faite, l'intimé a intenté une action pour fraude et violation de garantie. Au procès, le jury a estimé que les appelants n'avaient pas décrit correctement la compagnie mais que cette déclaration inexacte n'était pas frauduleuse. Il a conclu, cependant, que les appelants avaient garanti qu'il s'agissait d'une compagnie de caoutchouc. La Chambre des lords a accueilli l'appel. Dans ses motifs, lord Moulton a jugé qu'aucune responsabilité ne pouvait résulter d'une déclaration non frauduleuse, à moins que

resentation which is not fraudulent, unless it is made with promissory intent (at p. 51):

It is, my Lords, of the greatest importance, in my opinion, that this House should maintain in its full integrity the principle that a person is not liable in damages for an innocent misrepresentation, no matter in what way or under what form the attack is made. In the present case the statement was made in answer to an inquiry for information. There is nothing which can by any possibility be taken as evidence of an intention on the part of either or both of the parties that there should be a contractual liability in respect of the accuracy of the statement. It is a representation as to a specific thing and nothing more.

Between *Derry v. Peek* and *Heilbut, Symons, supra*, it was settled that a negligent misrepresentation which was not made with promissory intent was not actionable, as it fell between deceit and warranty. To succeed, a plaintiff was required to prove fraud or a collateral warranty. As Lord Denning M.R. observed in *Esso Petroleum, supra*, at p. 13:

Ever since *Heilbut Symons & Co v Buckleton* we have had to contend with the law as laid down by the House of Lords that an innocent misrepresentation gives no right to damages. In order to escape from that rule, the pleader used to allege—I often did it myself—that the misrepresentation was fraudulent, or alternatively a collateral warranty.

Heilbut, Symons and *Derry v. Peek, supra*, were equally the law in Canada. The rule in *Derry v. Peek* that misrepresentations must be made with intent to deceive in order to be actionable in deceit was applied by this Court in *De Vall v. Gorman, Clancey & Grindley Ltd.* (1919), 58 S.C.R. 259. Similarly, in *Kinsman v. Kinsman* (1912), 3 O.W.N. 966 (H.C.), Riddell J. noted at p. 968 that, “[o]f course, fraud – fraudulent intent — must be proved in an action for deceit: *Derry v. Peek. . .*” See also *Howse v. Quinnell Motors Ltd.*, [1952] 2 D.L.R. 425 (B.C.C.A.), and *Chapman v. Warren*, [1936] O.R. 145 (H.C.). The rule in *Heilbut, Symons* that a misrepresentation which falls short of being fraudulent is not actionable

celle-ci n’ait été présentée comme une promesse (à la p. 51):

[TRADUCTION] Chers collègues, il est à mon avis de la plus haute importance que notre Chambre maintienne dans toute son intégrité le principe selon lequel nul ne doit être tenu responsable des dommages résultant d’une déclaration inexacte faite de bonne foi, peu importe la forme sous laquelle elle est attaquée. En l’espèce, la déclaration a été faite en réponse à une demande de renseignements. Il n’y a rien qui puisse tenir lieu de preuve de l’intention d’une des parties ou des deux que soit engagée une responsabilité contractuelle à l’égard de la justesse de la déclaration. Il ne s’agit que d’une déclaration relative à un fait particulier, rien de plus.

Entre les arrêts *Derry c. Peek* et *Heilbut, Symons*, précités, on a établi qu’une déclaration inexacte faite par négligence mais non sous forme de promesse ne donnait pas lieu à une action car elle se situait entre le dol et la garantie. Pour avoir gain de cause, le demandeur était tenu de prouver la fraude ou l’existence d’une garantie accessoire. Ainsi que le fait observer le maître des rôles lord Denning dans l’arrêt *Esso Petroleum*, précité, à la p. 13:

[TRADUCTION] Depuis l’arrêt *Heilbut, Symons & Co. c. Buckleton*, nous avons dû tenir compte du droit énoncé par la Chambre des lords selon lequel une déclaration inexacte faite de bonne foi ne donne pas droit à des dommages-intérêts. Afin de contourner cette règle, le plaideur alléguait — comme je l’ai souvent fait moi-même — que la déclaration inexacte était frauduleuse, ou subsidiairement, équivalait à une garantie accessoire.

Les arrêts *Heilbut, Symons* et *Derry c. Peek*, précités, représentaient également le droit au Canada. La règle formulée dans ce dernier arrêt, suivant laquelle il faut qu’une déclaration inexacte ait été faite avec une intention dolosive pour donner ouverture à poursuite, a été appliquée par notre Cour dans l’arrêt *De Vall c. Gorman, Clancey & Grindley Ltd.* (1919), 58 R.C.S. 259. De même, dans la décision *Kinsman c. Kinsman* (1912), 3 O.W.N. 966 (H.C.), le juge Riddell a souligné, à la p. 968: [TRADUCTION] «Il va sans dire qu’il faut, dans une action pour dol, prouver la fraude — l’intention frauduleuse: *Derry c. Peek. . .*» Voir également *Howse c. Quinnell Motors Ltd.*, [1952] 2 D.L.R. 425 (C.A.C.-B.), et *Chapman c. Warren*,

unless it is incorporated into a contract as a warranty was applied *inter alia* in *Gardner v. Merker* (1918), 43 O.L.R. 411 (C.A.); *Kennedy v. Anderson* (1919), 50 D.L.R. 105 (Sask. C.A.); *Gilmour v. Trustee Co. of Winnipeg*, [1923] 3 W.W.R. 177 (Man. C.A.); *Thurston v. Streilen* (1950), 59 Man. R. 55 (K.B.); and in *Scholte v. Richardson*, [1951] O.R. 58 (H.C.).

It was against this backdrop that the House of Lords decided *Hedley Byrne, supra*. Through their bank, the appellants had obtained the opinion of the respondent merchant bankers as to the creditworthiness of E. Ltd. There was no contract between the appellants and the respondent. E. Ltd. subsequently went bankrupt, and it was found at trial that the respondent had been negligent in giving the opinion. Their Lordships, expressly distinguishing *Derry v. Peek, supra*, and implicitly distinguishing *Heilbut, Symons, supra*, held that a negligent misrepresentation may, even if not made with promissory intent, give rise to liability for damages. Lord Reid described those relationships in which a duty to take care in the making of representations will arise as follows (at p. 486):

... all those relationships where it is plain that the party seeking information or advice was trusting the other to exercise such a degree of care as the circumstances required, where it was reasonable for him to do that, and where the other gave the information or advice when he knew or ought to have known that the inquirer was relying on him. I say "ought to have known" because in questions of negligence we now apply the objective standard of what the reasonable man would have done.

In reaching this result, their Lordships relied on an alternate line of authority reaching back through the dissenting judgment of Denning L.J. in *Candler v. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426 (C.A.), and the decisions of the House of Lords in *Donoghue v. Stevenson, supra*, and *Nocton v. Lord Ashburton, supra*, to the nineteenth

[1936] O.R. 145 (H.C.). La règle formulée dans l'arrêt *Heilbut, Symons*, suivant laquelle une déclaration inexacte qui n'est pas frauduleuse n'ouvre pas droit à poursuite à moins qu'elle ne soit incorporée dans un contrat à titre de garantie, a été appliquée notamment dans les arrêts *Gardner c. Merker* (1918), 43 O.L.R. 411 (C.A.); *Kennedy c. Anderson* (1919), 50 D.L.R. 105 (C.A. Sask.); *Gilmour c. Trustee Co. of Winnipeg*, [1923] 3 W.W.R. 177 (C.A. Man.); *Thurston c. Streilen* (1950), 59 Man. R. 55 (B.R.); et enfin *Scholte c. Richardson*, [1951] O.R. 58 (H.C.).

C'est dans ce contexte que la Chambre des lords a tranché l'affaire *Hedley Byrne*, précité. Par l'entremise de leur banque, les appelants avaient obtenu l'avis de la banque d'affaires intimée au sujet de la solvabilité de E. Ltd. Il n'y avait pas de contrat entre les appelants et l'intimée. E. Ltd. a subséquemment fait faillite, et il a été établi au procès que l'intimée avait fait preuve de négligence en donnant son opinion. Établissant une distinction explicite d'avec l'arrêt *Derry c. Peek*, précité, et implicite d'avec l'arrêt *Heilbut, Symons*, précité, les lords juges ont conclu qu'une déclaration inexacte faite par négligence peut, même si elle n'est pas présentée sous forme de promesse, engager la responsabilité en dommages-intérêts. Lord Reid a décrit ainsi les relations donnant naissance à une obligation de diligence à l'égard des déclarations (à la p. 486):

[TRADUCTION] ... toutes les relations où il est manifeste que la partie demandant les renseignements ou les conseils se fiait que l'autre partie exercerait la prudence voulue dans les circonstances, lorsque cette confiance était raisonnable, et que l'autre partie a donné les renseignements ou les conseils alors qu'elle savait ou aurait dû savoir que la partie qui les demandait se fiait à elle. J'emploie les mots «aurait dû» car en matière de négligence nous appliquons maintenant le critère objectif du comportement de l'homme raisonnable.

Pour arriver à ce résultat, les lords juges se sont appuyés sur un autre courant de jurisprudence qui, de la dissidence du lord juge Denning dans l'arrêt *Candler c. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426 (C.A.), en passant par les arrêts de la Chambre des lords *Donoghue c. Stevenson* et *Nocton c. Lord Ashburton*, précités, remontait jus-

century decisions of *Cann v. Willson* (1888), 39 Ch. D. 39; *Heaven v. Pender* (1883), 11 Q.B.D. 503 (C.A.); and *George v. Skivington* (1869), L.R. 5 Ex. 1.

With the exception of *Nocton v. Lord Ashburton*, *supra*, the cases relied upon by their Lordships were all cases in which the relationship between the plaintiff and the defendant was not contractual, but the court (or the dissenting judge) nonetheless held that the defendant owed a duty of care to the plaintiff. That is, in each case, no contractual remedy was available to the plaintiff, but the action was allowed in tort. *Nocton v. Lord Ashburton* is the exception: in that case there was a contract between the plaintiff and the defendant (who was his solicitor). However, *Nocton v. Lord Ashburton* is readily distinguishable. In that case, an action for breach of contract was barred by the *Statute of Limitation*. Moreover, the plaintiff succeeded not in tort but for breach of fiduciary duty.

It was not clear from *Hedley Byrne*, *supra*, that an action for negligent misrepresentation would lie where the parties subsequently entered into a contract. In *Hedley Byrne* and in the cases upon which it relied (with the exception of *Nocton v. Lord Ashburton*, *supra*) there was no contract between the parties. A dictum of Lord Reid in *Hedley Byrne* hinted that if the parties were in a contractual relationship, the proper remedy was an action for breach of warranty (at p. 483): "Where there is a contract there is no difficulty as regards the contracting parties: the question is whether there is a warranty." The cases decided immediately after *Hedley Byrne* held that an action for negligent misrepresentation was barred if the parties were in a contractual relationship: *Bagot v. Stevens Scanlan & Co.*, *supra*, and *Clark v. Kirby-Smith*, [1964] 2 All E.R. 835 (Ch. D.). See also D. W. McLauchlan, "Pre-Contract Negligent Misrepresentation" (1977), 4 *Otago L. Rev.* 23.

qu'aux décisions du XIX^e siècle, *Cann c. Willson* (1888), 39 Ch. D. 39; *Heaven c. Pender* (1883), 11 Q.B.D. 503 (C.A.); et *George c. Skivington* (1869), L.R. 5 Ex. 1.

Sauf pour ce qui est de l'arrêt *Nocton c. Lord Ashburton*, précité, dans toutes les autres affaires invoquées par les lords juges les parties n'avaient pas entre elles de liens contractuels, mais la cour (ou le juge dissident) a néanmoins jugé que le défendeur avait envers le demandeur une obligation de diligence. C'est-à-dire que, dans chaque cas, aucun recours contractuel n'était ouvert au demandeur, mais que l'action a été autorisée en responsabilité délictuelle. L'arrêt *Nocton c. Lord Ashburton* est l'exception: il y avait dans cette affaire un contrat entre le demandeur et le défendeur (l'avocat du premier). Il est toutefois aisé d'établir une distinction d'avec cet arrêt, car l'action pour inexécution de contrat y était prescrite en vertu du *Statute of Limitation*. De plus, le demandeur a eu gain de cause non pas sur le plan de la responsabilité délictuelle mais sur le fondement du manquement à une obligation fiduciaire.

Il n'était pas clair, d'après l'arrêt *Hedley Byrne*, précité, qu'il y aurait ouverture à une action par suite d'une déclaration inexacte faite par négligence dans le cas où les parties se sont subséquemment liées par contrat. Dans cet arrêt et dans les décisions sur lesquelles il s'appuie (à l'exception de l'arrêt *Nocton c. Lord Ashburton*, précité), il n'y avait pas de contrat entre les parties. Dans une opinion incidente, lord Reid laisse entendre, dans l'arrêt *Hedley Byrne*, que, si les parties avaient entre elles des liens contractuels, le recours indiqué était l'action en violation de garantie (à la p. 483): [TRADUCTION] «Lorsqu'il y a un contrat, la question ne pose aucune difficulté quant aux cocontractants: il s'agit de savoir s'il existe une garantie». Dans les décisions rendues immédiatement après l'arrêt *Hedley Byrne*, on a jugé qu'une action pour déclaration inexacte faite par négligence était exclue si les parties étaient liées par contrat: *Bagot c. Stevens Scanlan & Co.*, précité, et *Clark c. Kirby-Smith*, [1964] 2 All E.R. 835 (Ch. D.). Voir également D. W. McLauchlan, «Pre-Contract Negligent Misrepresentation» (1977), 4 *Otago L. Rev.* 23.

However, it was settled by *Esso Petroleum, supra*, that the existence of a contract is not a bar to a remedy for negligent misrepresentation. In the words of Shaw L.J. (at p. 26):

It is difficult to see why, in principle, a right to claim damages for negligent misrepresentation which has arisen in favour of a party to a negotiation should not survive the event of the making of a contract as the outcome of that negotiation. It may, of course, be that the contract ultimately made either expressly or by implication shows that, once it has been entered into, the rights and liabilities of the parties are to be those and only those which have their origin in the contract itself.

For a list of Canadian cases applying *Esso Petroleum*, see *Kingu v. Walmar Ventures Ltd.* (1986), 38 C.C.L.T. 51 (B.C.C.A.), at p. 59.

The principle that an action for negligent misrepresentation will survive the making of a contract between the parties was affirmed in this Court in *Carman Construction, supra*. Martland J., writing for the Court, held that the respondent was not liable on the basis of negligent misrepresentation because the contract that was made between the parties contained a "non-reliance provision" or disclaimer which had the effect that the respondent did not assume any duty of care. It is clear from Martland J.'s reasons that the fact that the alleged negligent misrepresentation had induced the contract would not have been a reason for disallowing the claim in negligence. The same proposition can be deduced from the recent decision of this Court in *Rainbow Industrial Caterers Ltd., supra*. Although the narrow issue was the appropriate measure of damages where a plaintiff is induced to enter into a contract with the defendant by the defendant's negligent misrepresentation, both Sopinka J. (for the majority) and McLachlin J. (dissenting), agreed that damages for negligent misrepresentation could be awarded where the misrepresentation induces a contract.

Cependant, il a été établi dans l'arrêt *Esso Petroleum*, précité, que l'existence d'un contrat n'exclut pas le recours pour déclaration inexacte faite par négligence. Selon le lord juge Shaw (à la p. 26):

[TRADUCTION] Il est difficile de voir pourquoi, en principe, le droit de réclamer des dommages-intérêts en cas de déclaration inexacte faite par négligence, qui a pris naissance en faveur d'une partie à la négociation, ne devrait pas survivre à la conclusion d'un contrat résultant de cette négociation. Il se peut, naturellement, qu'il ressorte expressément ou implicitement du contrat finalement intervenu qu'une fois celui-ci conclu, les droits et les obligations des parties sont ceux et uniquement ceux qui tirent leur origine du contrat lui-même.

Pour une énumération des décisions canadiennes ayant suivi l'arrêt *Esso Petroleum*, voir *Kingu c. Walmar Ventures Ltd.* (1986), 38 C.C.L.T. 51 (C.A.C.-B.), à la p. 59.

Le principe selon lequel l'action pour déclaration inexacte faite par négligence survivra à la conclusion d'un contrat entre les parties a été confirmé par notre Cour dans l'arrêt *Carman Construction*, précité. Au nom de la Cour, le juge Martland a conclu que l'intimé ne pouvait pas être tenu responsable d'avoir fait une déclaration inexacte par négligence parce que le contrat intervenu entre les parties contenait une «disposition de protection» ou dénégation ayant eu pour effet de dégager l'intimé de toute obligation de diligence. Il ressort clairement des motifs du juge Martland que le fait que la déclaration inexacte faite par négligence qui était alléguée ait mené à la conclusion du contrat n'aurait pas été un motif pour rejeter l'action fondée sur la négligence. On peut déduire le même principe de l'arrêt récent de notre Cour, *Rainbow Industrial Caterers Ltd.*, précité. Quoique la question en litige n'ait porté que sur les dommages-intérêts susceptibles d'être accordés lorsque le demandeur a été amené à conclure un contrat avec le défendeur par suite d'une déclaration inexacte que ce dernier a faite par négligence, les juges Sopinka (pour la majorité) et McLachlin (dissidente) ont tous deux convenu que des dommages-intérêts pouvaient être accordés lorsqu'une déclaration inexacte faite par négligence a mené à la conclusion d'un contrat.

It is clear that the fact that the parties are in a contractual relationship is not in itself a bar to an action in tort for negligent misrepresentation. As in other areas of negligence, the plaintiff may have the option of concurrent actions in tort and contract. However, concurrency must be viewed in light of the principles articulated above. Where a duty arising in tort is co-extensive with a duty created by an express term of the contract, the plaintiff will be limited to whatever remedies are available under the contract. Moreover, if the liability or duty of the defendant is excluded or limited by the terms of the contract, the plaintiff may not allege a wider liability in tort in order to circumvent the terms of the contract.

D. Application of the Law to the Facts of this Case

Checo alleges that Hydro negligently misrepresented the state of the right-of-way, and that Checo suffered damages as a result of this misrepresentation. In the alternative, Checo has alleged that Hydro was in breach of its contractual duties.

(1) The Claim for Negligent Misrepresentation

I will assess Checo's claim in tort for negligent misrepresentation first. Because Checo and Hydro are in a contractual relationship, Checo's claim in tort immediately raises two issues. First, is there a specific contractual duty created by an express term of the contract which is co-extensive with the common law duty of care which Checo alleges Hydro has breached? If there is such a contractual duty, then Checo is precluded from bringing an action in tort against Hydro for breach of the common law duty of care. In such a case, Checo would be confined to whatever remedies are available under the law of contract. Second, if the answer to the first question is negative, is Hydro's liability or duty in tort limited or excluded by the terms of the contract?

Il est clair que l'existence de liens contractuels entre les parties n'empêche pas en soi le recours en responsabilité délictuelle pour déclaration inexacte faite par négligence. Comme dans d'autres domaines de la négligence, il se peut que le demandeur dispose de recours concomitants en matières contractuelle et délictuelle. Toutefois, la concomitance doit être considérée à la lumière des principes examinés précédemment. Lorsqu'une obligation en responsabilité délictuelle coïncide avec une obligation créée expressément par le contrat, les recours du demandeur seront limités à ceux prévus au contrat. De plus, s'il y a exclusion ou limitation contractuelle de la responsabilité ou des obligations du défendeur, le demandeur ne peut pas alléguer une responsabilité délictuelle plus grande de façon à contourner les clauses du contrat.

D. Application du droit aux faits de l'espèce

Checo allègue qu'Hydro lui a présenté de façon inexacte et négligente l'état de l'emprise et qu'elle a, en conséquence, subi des dommages. Subsidiairement, Checo soutient qu'Hydro a manqué à ses obligations contractuelles.

(1) La demande fondée sur la déclaration inexacte faite par négligence

J'examinerai d'abord la réclamation de Checo fondée sur le délit civil de déclaration inexacte faite par négligence. Étant donné la présence d'un lien contractuel entre Checo et Hydro, l'allégation d'un délit civil soulève immédiatement deux questions. En premier lieu, y a-t-il une obligation spécifique créée expressément par le contrat qui coïncide avec l'obligation de diligence en common law à laquelle, selon Checo, Hydro aurait contrevenu? S'il existe une telle obligation contractuelle, Checo ne peut pas tenter contre Hydro une action en responsabilité délictuelle pour manquement à l'obligation de diligence en common law. En pareil cas, les recours dont Checo disposerait seraient limités à ceux qui découlent du droit des contrats. En second lieu, si la réponse à la première question est négative, la responsabilité ou l'obligation en matière délictuelle d'Hydro est-elle limitée ou exclue par le contrat?

(a) *Is there a Contractual Duty Excluding a Common Law Duty of Care?*

The question whether there is a contractual duty defined by an express term of the contract which would operate to exclude the common law duty of care upon which Checo relies in its action for negligent misrepresentation is shortly answered: there is such a duty. Checo bases its claim for negligent misrepresentation on the alleged representation made in clause 6.01.03 of the tender documents. Clause 6.01.03 of the tender documents was incorporated verbatim as an express term (also numbered 6.01.03) of the contract between Hydro and Checo after Hydro accepted Checo's tender. On Checo's interpretation of clause 6.01.03 of the tender documents, it is a representation as to the state of the right-of-way. If clause 6.01.03 of the tender documents is such a representation (and I am of the opinion that it is, as I will discuss below), then clause 6.01.03 of the contract is an express warranty as to the state of the right-of-way. Whatever duty is imposed in tort on Hydro by the clause in the tender documents is co-extensive with the duty imposed in contract by the express clause in the contract. In consequence, subject to any overriding considerations arising from the context in which the transaction occurred, Checo is limited to whatever remedies may be available to it in contract for Hydro's breach of clause 6.01.03 of the contract. Checo cannot rely on a breach by Hydro of any duty created by clause 6.01.03 of the tender documents to found an action in tort.

As I indicated, context is important in assessing whether a claim in tort is foreclosed by the terms of the contract. This transaction occurred in a commercial context. The parties are both large corporations, and there is no allegation or indication of any inequality of bargaining power or unconscionability. I would also note that the contract which was concluded by the parties was included as part of the tender documents. That is, Checo knew when it was preparing its bid that if its bid were accepted, the representation as to the condition of

a) *Y a-t-il une obligation contractuelle excluant l'obligation de diligence en common law?*

À la question de savoir s'il existe une obligation contractuelle expressément prévue au contrat dont l'effet serait d'exclure l'obligation de diligence en common law sur le fondement de laquelle Checo a intenté sa poursuite pour déclaration inexacte faite par négligence, on peut répondre brièvement: cette obligation existe. Checo appuie sa demande d'indemnisation sur la déclaration que constituerait la clause 6.01.03 du dossier d'appel d'offres. Cette clause a été incorporée telle quelle à titre de stipulation expresse (portant aussi le numéro 6.01.03) du contrat intervenu entre Hydro et Checo après qu'Hydro eut accepté l'offre de Checo. Suivant l'interprétation de Checo, la clause 6.01.03 du dossier d'appel d'offres constitue une déclaration quant à l'état de l'emprise. Or, si la clause 6.01.03 du dossier d'appel d'offres constitue une telle déclaration (ce dont je suis d'avis, comme nous le verrons plus loin), elle est alors une garantie expresse quant à l'état de l'emprise. Toute obligation en responsabilité délictuelle imposée à Hydro par la clause du dossier d'appel d'offres coïncide avec l'obligation d'ordre contractuel imposée par la clause expresse du contrat. Par conséquent, sous réserve de toute considération prépondérante résultant du contexte dans lequel l'entente est intervenue, les recours de Checo se limitent à ceux qui découlent du droit des contrats en cas de violation par Hydro de la clause 6.01.03. Checo ne peut donc invoquer l'inexécution par Hydro d'une obligation créée par la clause 6.01.03 du dossier d'appel d'offres comme fondement d'une action en responsabilité délictuelle.

Comme je l'ai indiqué, le contexte est un élément important pour déterminer si un recours en responsabilité délictuelle est exclu en raison des clauses du contrat. En l'espèce, l'entente s'inscrivait dans un contexte commercial. Les parties sont deux grandes entreprises et il n'y a pas eu d'allégation ou d'indication d'inégalité dans la négociation ni d'iniquité. Soulignons également que le contrat conclu par les parties faisait partie du dossier d'appel d'offres. C'est-à-dire que Checo savait, au moment de préparer sa soumission que, si celle-ci

the right-of-way would be a term of the contract. Checo knew, or ought to have known, that disputes as to the condition of the right-of-way would potentially be governed by the contract. Knowing this, Checo decided to make a bid, hoping that its bid would be accepted. I would conclude that an assessment of the context strengthens my initial conclusion that Checo should be limited to any remedies which might be available to it under the contract.

(b) *Is Hydro's Liability or Duty Limited or Excluded?*

In light of my answer to the first question, it is unnecessary for the purposes of this appeal to consider whether Hydro's liability or duty in tort is limited or excluded by a term of the contract. Simply put, Checo's claim in tort is barred by the contract. However, I shall proceed at this stage to consider the effect of clauses 2.03 and 4.04 of the tender documents, which were incorporated into the contract, on Checo's rights under the contract.

In argument before this Court, Hydro submitted that clauses 2.03 and 4.04 operated to exempt Hydro from contractual liability for its representations. The representation relied upon by Checo is contained in clause 6.01.03, which is in the following language:

6.01.03 WORK DONE BY OTHERS

Clearing of the right-of-way and foundation installation has been carried out by others and will not form part of this Contract.

The two clauses which Hydro argues exclude its liability are as follows:

2.03 TENDERER'S RESPONSIBILITY

It shall be the Tenderer's responsibility to inform himself of all aspects of the Work and no claim will be considered at any time for reimbursement for any expenses incurred as a result of any misunderstanding in regard to the conditions of the Work. Should any details necessary for a clear

était acceptée, la déclaration relative à la condition de l'emprise deviendrait une clause du contrat. Checo savait, ou aurait dû savoir, que tout litige concernant l'état de l'emprise serait assujéti au contrat. Le sachant, Checo a décidé de présenter sa soumission dans l'espoir qu'elle serait acceptée. Je terminerais en disant que l'analyse du contexte vient renforcer ma conclusion initiale voulant que les recours de Checo soient limités à ceux dont elle dispose en vertu du contrat.

b) *Y a-t-il limitation ou exclusion de la responsabilité d'Hydro?*

Étant donné ma réponse à la première question, il n'y a pas lieu, aux fins du présent pourvoi, d'examiner si la responsabilité d'Hydro en matière délictuelle est limitée ou exclue par une clause du contrat. Tout simplement, le contrat interdit à Checo le recours en responsabilité délictuelle. Cependant, j'examinerai maintenant l'incidence sur les droits de Checo en vertu du contrat des clauses 2.03 et 4.04 du dossier d'appel d'offres, qui ont été incorporées au contrat.

Dans l'argumentation qu'elle a présentée devant notre Cour, Hydro soutient que les clauses 2.03 et 4.04 ont pour effet d'exclure sa responsabilité contractuelle quant aux déclarations. Celle sur laquelle Checo s'appuie est contenue à la clause 6.01.03, que voici:

[TRADUCTION]

6.01.03 TRAVAUX DÉJÀ EXÉCUTÉS

Le déboisement de l'emprise et l'installation des fondations ont été faits par d'autres et ne feront pas partie du présent contrat.

Les deux clauses qu'invoque Hydro à l'appui de l'exclusion de sa responsabilité sont les suivantes:

[TRADUCTION]

2.03 RESPONSABILITÉ DU SOUMISSIONNAIRE

Il est de la responsabilité du soumissionnaire de se renseigner sur tous les aspects des travaux, et aucune demande de remboursement des dépenses engagées par suite d'une méprise quant aux conditions d'exécution des travaux ne sera prise en considération. Advenant le cas où le dossier

and comprehensive understanding be omitted or any error appear in the Tender Documents or should the Tenderer note facts or conditions which in any way conflict with the letter or spirit of the Tender Documents, it shall be the responsibility of the Tenderer to obtain clarifications before submitting his Tender. . . .

Neither B.C. Hydro nor the Engineer shall be responsible for any instructions or information given to any Tenderer other than by the Purchasing Agent, in accordance with this Clause.

4.04 INSPECTION OF SITE AND SUFFICIENCY OF TENDER

The Contractor shall inspect and examine the Site and its surroundings and shall satisfy himself before submitting his Tender as to the nature of the ground and sub-soil, the form and nature of the Site, the quantities and nature of work and materials necessary for completion of the Work, the means of access to the Site, the accommodation and facilities he may require, and in general shall himself obtain all necessary information as to risks, contingencies, and other circumstances which may influence or affect his Tender. Without limiting the generality of the foregoing, the Contractor shall satisfy himself of any special risks, contingencies, regulations, safety requirements, and other circumstances which may be encountered.

The Contractor shall be deemed to have satisfied himself before tendering as to the correctness and sufficiency of his Tender for the Work and of the prices stated in the Schedule of Prices which prices shall (except insofar as it is otherwise provided in the Contract) cover all his obligations under the Contract and all matters and things necessary for the proper execution of the Work.

Clause 6.01.03 is a representation that the site would be cleared as of the date of the contract. It is an express contractual warranty as to the state of the right-of-way. The trial judge found that, in all the circumstances, "clearing" meant the right-of-way would be clear of logs and debris. Cohen J. stated (at p. 67):

d'appel d'offres omettrait des détails nécessaires à une bonne compréhension de ses dispositions ou contiendrait des erreurs, ou encore si le soumissionnaire remarque des faits ou des conditions qui viennent en contradiction avec la lettre ou l'esprit du dossier, c'est au soumissionnaire qu'il incombe d'obtenir les explications voulues avant de présenter sa soumission. . . .

Ni B.C. Hydro ni l'ingénieur ne sont responsables des consignes ou renseignements donnés au soumissionnaire par toute personne autre que l'acheteur, conformément à la présente clause.

4.04 EXAMEN DES LIEUX ET ADÉQUATION DE LA SOUMISSION

L'entrepreneur doit, par visite et examen des lieux et des environs, se renseigner, avant de présenter sa soumission, sur la nature du sol et du sous-sol, la morphologie des lieux, la quantité et la nature des travaux et des matériaux nécessaires à leur exécution, les voies d'accès aux lieux, les installations requises, et, de façon générale, obtenir tous les renseignements pertinents quant aux risques, imprévus et autres circonstances susceptibles d'avoir une incidence sur sa soumission. Sans que soit limitée la portée générale de ce qui précède, l'entrepreneur doit s'informer sur tout risque, imprévu, exigence en matière de sécurité et règlement particuliers ainsi que toute autre circonstance à laquelle il peut avoir à faire face.

L'entrepreneur est réputé s'être assuré, avant de présenter sa soumission, qu'elle est exacte et complète en ce qui concerne les travaux et les prix indiqués en annexe, lesquels (sauf indication contraire du contrat) doivent couvrir toutes les obligations qui lui incombent en vertu du contrat et toute chose nécessaire à exécution des travaux.

Si l'on s'en tient à la clause 6.01.03, les lieux devaient être déboisés à la date du contrat. Il s'agit d'une garantie contractuelle expresse quant à l'état de l'emprise. Le juge de première instance a tenu pour avéré que, compte tenu de toutes les circonstances, «déboisement» signifiait que l'emprise serait dégagée des billes et des débris. Le juge Cohen a dit, à la p. 67:

Kosty acknowledged that tenderers rely on information contained in the tender documents and the defendant intended that the plaintiff would prepare its bid based on the representations contained in the tender documents. Clause 6.01.03 does not define the word "clearing" and the tender documents do not contain the defendant's clearing standards or clearing contracts. In my opinion, based on what they observed and their past experience, the natural and ordinary meaning to be given to the word "clearing" in clause 6.01.03 was the one understood by Lemieux and Campeau, that the right-of-way would be free of logs and debris. I accept the evidence of Lemieux and Campeau, who I found to be honest and forthright, that they formed an honest belief in December 1982, after reading the tender documents and viewing the right-of-way, that clearing was not yet complete.

The trial judge also found as a fact that the right-of-way was incompletely and improperly cleared as of the date of the contract. In my opinion, clauses 4.04 and 2.03 do not limit or exclude Hydro's liability flowing from clause 6.01.03 of the contract and of the tender documents. Clause 6.01.03 is a specific provision which is not displaced by clauses 4.04 and 2.03.

Clauses 2.03 and 4.04 do not operate to limit Hydro's liability in contract for the representation relied on. Clause 4.04 required Checo to inspect the contract "Site", and specified that the contract price would cover all Checo's obligations under the contract. "Site" is defined by clause 4.01 of the contract as "the land upon which the Work is to be done [by the Contractor—Checo] and any area or areas adjacent thereto used in connection with the Work and, unless the context otherwise requires, shall include all materials, supplies, tools, equipment and structures thereon" (emphasis added). The representation relied on by Checo, however, is that clearing of the right-of-way "has been carried out by others and will not form part of this Contract" (emphasis added). The ordinary meaning of the emphasized words suggests that the "Site" referred to in clause 4.04 of the contract does not encompass the right-of-way, which is the subject matter of the representation at issue. Thus, clause

[TRANSDUCTION] Kosty a reconnu que les soumissionnaires se fient sur les renseignements contenus dans le dossier d'appel d'offres et la défenderesse s'attendait à ce que la demanderesse prépare son offre en se fondant sur ce que contenait le dossier d'appel d'offres. La clause 6.01.03 ne définit pas le terme «déboisement» et le dossier d'appel d'offres ne comprend pas les normes de déboisement ni les contrats de déboisement. À mon avis, selon ce qu'ils ont observé et selon leur expérience, le sens naturel et ordinaire à donner au terme «déboisement» à la clause 6.01.03 était celui qu'avaient compris Lemieux et Campeau, c'est-à-dire, que l'emprise serait dégagée des billes et des débris. J'accepte le témoignage de Lemieux et Campeau, que j'estime honnêtes et francs, selon lequel ils croyaient honnêtement en décembre 1982, après avoir lu le dossier d'appel d'offres et examiné l'emprise, que le déboisement n'était pas encore terminé.

Le juge de première instance a également tenu pour avéré le fait que l'emprise n'avait pas été déboisée complètement et de façon convenable à la date du contrat. À mon avis, les clauses 4.04 et 2.03 ne limitent ni n'excluent la responsabilité d'Hydro découlant de la clause 6.01.03 du contrat et du dossier d'appel d'offres. La clause 6.01.03 est une disposition expresse qui n'est pas écartée par les clauses 4.04 et 2.03.

Les clauses 2.03 et 4.04 n'ont pas pour effet de limiter la responsabilité contractuelle d'Hydro pour les déclarations qu'elle a faites. La clause 4.04 impose à Checo l'obligation d'inspecter les «lieux» faisant l'objet du contrat et précise que le prix couvrira toutes les obligations qui découlent du contrat. Selon la définition inscrite à la clause 4.01 du contrat, on entend par «lieux» [TRANSDUCTION] «le terrain sur lequel les travaux sont exécutés [par l'entrepreneur—Checo] et tout terrain adjacent utilisé accessoirement aux travaux et, sauf indication contraire du contexte, les matériaux, l'outillage, l'équipement et les structures qui s'y trouvent» (je souligne). La déclaration à laquelle Checo s'est fiée, toutefois, est celle selon laquelle le déboisement de l'emprise [TRANSDUCTION] «[a] été fait[. . .] par d'autres et ne fer[a] pas partie du présent contrat» (je souligne). Il ressort du sens ordinaire des mots soulignés que le terme «lieux» employé à la clause 4.04 du contrat ne vise pas

4.04 is not relevant to Checo's action in tort or to its action for breach of contract.

The key phrase in clause 2.03 is, "should the Tenderer note facts or conditions which in any way conflict with the letter or spirit of the Tender Documents, it shall be the responsibility of the Tenderer to obtain clarifications before submitting his Tender." The representation made in clause 6.01.03 was that the right-of-way would be cleared as of the date of the contract. Accordingly, although Checo did note the "dirty" condition of the right-of-way at the time it was carrying out the inspection mandated by clause 2.03, the condition of the "Site" was not in conflict with the representation that the right-of-way would be cleared as of the date of the contract, and Checo's obligation under clause 2.03 to obtain clarification from Hydro on this point was not triggered. Moreover, the well-known principles governing the interpretation of contractual exclusion and limitation of liability clauses suggest that neither clause 2.03 nor clause 4.04 is sufficiently clear to limit or exclude Hydro's liability in contract for the representation relied on.

I would accordingly conclude that there is no clause in the contract or in the tender documents which serves either to limit or exclude Hydro's liability for the representation contained in clause 6.01.03.

(2) The Claim for Breach of Contract

I have found that it was an express term of the contract that the right-of-way would be cleared. As found by the trial judge, the right-of-way was not cleared. Therefore, Hydro breached the contract. I have also found that there is no exclusion or limitation clause that would affect Hydro's liability in contract. Given that he found Hydro liable for fraudulent misrepresentation, the trial judge did not consider the question of damages for breach of

l'emprise, objet de la déclaration en cause en l'espèce. La clause 4.04 n'est donc pas pertinente quant à l'action de Checo en responsabilité délictuelle ou à son action en inexécution de contrat.

Le passage clé de la clause 2.03 est le suivant: [TRADUCTION] «si le soumissionnaire remarque des faits ou des conditions qui viennent en contradiction avec la lettre ou l'esprit du dossier, c'est au soumissionnaire qu'il incombe d'obtenir les explications voulues avant de présenter sa soumission.» La déclaration contenue à la clause 6.01.03 était que l'emprise serait déboisée à la date du contrat. Par conséquent, bien que Checo ait noté la [TRADUCTION] «malpropreté» de l'emprise au moment où elle procédait à l'inspection requise par la clause 2.03, la condition des «lieux» ne venait pas en contradiction avec la déclaration suivant laquelle l'emprise serait déboisée à la date du contrat, ce qui n'a pu faire naître l'obligation de Checo d'obtenir des explications sur ce point auprès d'Hydro. De plus, si l'on s'en tient aux principes bien connus régissant l'interprétation des clauses contractuelles d'exclusion et de limitation de responsabilité, ni la clause 2.03 ni la clause 4.04 ne sont suffisamment claires pour limiter ou exclure la responsabilité contractuelle d'Hydro quant à la présentation des faits.

Je conclurais donc à l'absence de clause au contrat ou au dossier d'appel d'offres susceptible de limiter ou d'exclure la responsabilité d'Hydro quant à la déclaration contenue à la clause 6.01.03.

(2) La demande fondée sur l'inexécution du contrat

J'ai conclu qu'il était expressément prévu au contrat que l'emprise serait déboisée, ce qui, suivant la constatation du juge de première instance, n'a pas été fait. Hydro a donc contrevenu au contrat. J'ai également conclu qu'il n'y a pas de clause d'exclusion ou de limitation susceptible d'avoir une incidence sur la responsabilité contractuelle d'Hydro. Étant donné qu'il a tenu Hydro responsable d'avoir fait une déclaration inexacte et frauduleuse, le juge de première instance n'a pas examiné la question des dommages résultant de l'inexécution

contract. I would return the matter to trial on the question of damages for the breach of contract.

At the original trial, Checo also claimed damages for breach of contract for items which would appear to be unconnected with the failure to clear the right-of-way. As the trial judge did not consider the issue of breach of contract, there are no findings of fact with respect to these items. Accordingly, if Checo establishes at the new trial that Hydro breached its contract in any other respect, unconnected with the failure to clear the right-of-way, and that Checo suffered damages therefrom, Checo is entitled to recover damages for these items in accordance with the applicable law of damages.

V. Disposition

I would accordingly allow Hydro's appeal in part and dismiss Checo's cross-appeal. I would order a new trial on the issue of breach of contract. I have found that Hydro breached the contract in that the right-of-way was not properly cleared. Damages for this breach should be assessed at the new trial. In addition, Checo is entitled to recover for any breaches of the contract unconnected with the condition of the right-of-way which it may establish at the new trial.

Under the circumstances, each party should bear its own costs, here and in the courts below.

Appeal dismissed and cross-appeal allowed in part, SOPINKA and IACOBUCCI JJ. dissenting in part.

Solicitors for British Columbia Hydro and Power Authority: Singleton, Urquhart, MacDonald, Vancouver.

Solicitors for BG Checo International Ltd.: Swinton & Company, Vancouver.

tion du contrat. Je renverrais donc l'affaire à procès sur cette question.

Au procès initial, Checo réclamait également des dommages-intérêts pour inexécution du contrat sur des points qui semblaient non reliés au défaut de déboiser l'emprise. Le juge de première instance n'ayant pas examiné la question de l'inexécution du contrat, il n'a tiré aucune conclusion de faits relativement à ces points. Par conséquent, si Checo établit au nouveau procès qu'Hydro a violé son contrat sous tout autre aspect non relié au non-déboisement de l'emprise, et qu'elle en a subi des dommages, elle aura droit de recouvrer des dommages-intérêts en conformité avec le droit applicable à cet égard.

V. Dispositif

Je suis donc d'avis d'accueillir en partie le pourvoi d'Hydro et de rejeter le pourvoi incident de Checo. J'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès sur la question de l'inexécution de contrat. J'estime qu'Hydro a contrevenu au contrat en ce que l'emprise n'a pas été convenablement déboisée. Les dommages-intérêts résultant de cette inexécution devraient être évalués au nouveau procès. De plus, Checo a droit d'être indemnisée pour toute violation du contrat non reliée à l'état de l'emprise et dont elle pourra faire la preuve au nouveau procès.

Dans les circonstances, chaque partie supportera ses propres dépens, dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli en partie, les juges SOPINKA et IACOBUCCI sont dissidents en partie.

Procureurs de British Columbia Hydro and Power Authority: Singleton, Urquhart, MacDonald, Vancouver.

Procureurs de BG Checo International Ltd.: Swinton & Company, Vancouver.

Douglas J. Queen *Appellant*

v.

Cognos Incorporated *Respondent*

INDEXED AS: QUEEN v. COGNOS INC.

File No.: 22004.

1992: January 29; 1993: January 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Torts — Negligence — Negligent misrepresentation — Duty of care — Employer's representative allegedly making negligent misrepresentations to prospective employee during hiring interview — Whether employer or representative owed prospective employee a duty of care — If so, whether duty of care breached — Effect of subsequent employment agreement allowing termination without cause and reassignment.

Cognos is an Ottawa-based computer software company. The manager of product development for a particular line of accounting software, with the full knowledge of the company's senior management, advertised for an accountant to help with the development of the product. Appellant, a chartered accountant, applied and was interviewed for the position. He was living in Calgary with his wife and children at the time, where he occupied a relatively well paid and secure managerial position. He was actively seeking employment outside Calgary, because he wanted more challenging opportunities. During the job interview the manager told the appellant that the project in question was a major one which would be developed over a period of two years with enhancements and maintenance thereafter, and that the position being interviewed for would be needed throughout this period. It was represented that the staff required to develop the product modules would double. At no point during the interview was the appellant made aware of the fact that there was no guaranteed funding for the project as described to him, or that the position being applied for was subject to budgetary approval. Appellant was offered the job of manager, financial

*Stevenson J. took no part in the judgment.

Douglas J. Queen *Appellant*

c.

^a **Cognos Incorporated** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: QUEEN c. COGNOS INC.

^b N° du greffe: 22004.

1992: 29 janvier; 1993: 21 janvier.

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

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Déclaration inexacte faite par négligence — Obligation de diligence — Le représentant d'un employeur aurait fait des déclarations inexactes par négligence à un employé éventuel au cours d'une entrevue — L'employeur ou son représentant avaient-ils envers l'employé éventuel une obligation de diligence? — Dans l'affirmative, cette obligation a-t-elle été violée? — Effet de la signature subséquente d'un contrat de travail permettant le congédiement sans motif et une réaffectation.

Cognos est une société établie à Ottawa qui exploite une entreprise de logiciels. Au su de la haute direction de la société, le directeur du développement des produits pour une ligne de produits composée de logiciels de comptabilité, a fait publié une annonce en vue de retenir les services d'un comptable qui aiderait au développement du produit. L'appelant, comptable agréé, s'est porté candidat et a été interviewé. Il habitait alors Calgary avec sa femme et ses enfants et occupait un poste de direction passablement rémunérateur et sûr. Il cherchait activement un emploi à l'extérieur de Calgary parce qu'il voulait des possibilités plus stimulantes. Au cours de l'entrevue, le directeur a dit à l'appelant qu'il s'agissait d'un projet majeur qui serait mis au point sur une période de deux ans, que les améliorations et la maintenance seraient assurées par la suite, et que le poste en question devait être comblé pendant toute cette période. Il a déclaré que le personnel requis pour mettre au point les modules du produit doublerait. Pendant l'entrevue, l'appelant n'a jamais été informé qu'il n'existait aucun financement garanti pour le projet comme on le lui décrivait, ou que le poste auquel il se portait candidat était assujéti à une approbation budg-

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

standards, and accepted immediately. He signed a written employment contract which permitted Cognos to terminate his employment at any time "without cause" upon one month's notice, or payment of one month's salary in lieu of notice, and to reassign him to another position within the company without reduction in salary, upon one month's notice. Appellant commenced employment in April 1983. In September he was advised that there would be a reassignment of personnel involved with the project owing to diminished research and development funding. The first notice of termination of employment he received was rescinded, but in July 1984 he received a second notice effective October 25, 1984. He worked until that day and was paid until November 15. The trial judge upheld the appellant's action against Cognos and awarded him damages for negligent misrepresentation. The Court of Appeal reversed the judgment and dismissed the action. The issues raised by this appeal are (1) whether Cognos or its representative owed the appellant a duty of care with respect to the representations made about Cognos and the nature and existence of the employment opportunity being offered; (2) whether Cognos or its representative breached this duty of care; and (3) what is the effect of the fact that the appellant signed an employment agreement after the negligent misrepresentations containing a termination "without cause" and a reassignment provision.

Held: The appeal should be allowed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Subject to what was said in *Checo*, issued concurrently, the reasons of Iacobucci and McLachlin JJ. were agreed with. This is not a case of concurrency. The tort here was independent of the contract and the liability was not limited by an exclusion clause in the contract.

Per Sopinka and Iacobucci JJ.: The tort of negligent misrepresentation is an established principle of Canadian tort law. There are five general requirements for a successful claim: (1) there must be a duty of care based on a "special relationship" between the representor and the representee; (2) the representation in question must be untrue, inaccurate, or misleading; (3) the representor must have acted negligently in making the misrepresentation; (4) the representee must have relied, in a reasonable manner, on the negligent misrepresentation; and

taire. On a offert à l'appelant le poste de directeur, normes financières, qu'il a immédiatement accepté. Il a signé un contrat de travail, dont une clause permettait à Cognos de mettre fin à n'importe quel moment à l'emploi de l'appelant «sans motif» sur préavis d'un mois, ou sur paiement d'un mois de salaire, ou de le réaffecter à un autre poste au sein de la société sans diminution de salaire et sur préavis d'un mois. L'appelant a commencé à travailler en avril 1983. En septembre, il a été informé que le personnel prenant part au projet serait réaffecté, par suite des restrictions apportées au financement de la recherche et du développement. Le premier avis de cessation d'emploi qu'il a reçu a été annulé, mais en juillet 1984, il a reçu un second avis disant qu'il serait mis fin à son emploi le 25 octobre 1984. Il a travaillé jusqu'à cette date et a été rémunéré jusqu'au 15 novembre. Le juge de première instance a accueilli l'action de l'appelant contre Cognos et lui a accordé des dommages-intérêts pour déclaration inexacte faite par négligence. La Cour d'appel a infirmé le jugement et rejeté l'action. Les questions qui se posent en l'espèce sont les suivantes: (1) Cognos ou son représentant avaient-ils une obligation de diligence envers l'appelant relativement aux déclarations faites à ce dernier au sujet de Cognos ainsi que de la nature et de l'existence de l'emploi qui était offert? (2) Cognos ou son représentant ont-ils violé cette obligation de diligence? (3) Quel est l'effet de la signature par l'appelant, après les déclarations inexactes faites par négligence, d'un contrat de travail contenant une disposition au sujet du congédiement «sans motif» ainsi qu'une disposition concernant la réaffectation?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier: Sous réserve de ce qui a été dit dans l'arrêt connexe *Checo*, les motifs des juges Iacobucci et McLachlin sont acceptés. Il ne s'agit pas ici de concomitance. Le délit en l'espèce était indépendant du contrat et la responsabilité n'était pas limitée par une clause d'exclusion dans le contrat.

Les juges Sopinka et Iacobucci: Le délit de déclaration inexacte faite par négligence est un principe reconnu dans le droit canadien de la responsabilité délictuelle. Il existe cinq conditions générales pour qu'il soit fait droit à une demande: (1) il doit y avoir une obligation de diligence fondée sur un «lien spécial» entre l'auteur et le destinataire de la déclaration; (2) la déclaration en question doit être fausse, inexacte ou trompeuse; (3) l'auteur doit avoir agi d'une manière négligente; (4) le destinataire doit s'être fié d'une manière raisonnable à la déclaration inexacte faite par négligence, et (5) le fait que le destinataire s'est fié à la déclaration

(5) the reliance must have been detrimental to the representee in the sense that damages resulted.

An action in tort for negligent misrepresentation may lie even though the relevant parties to the action are in a contractual relationship. The fact that the alleged negligent misrepresentations are made in a pre-contractual setting, such as during negotiations or in the course of an employment hiring interview, and the fact that a contract is subsequently entered into by the parties do not, in themselves, bar an action in tort for damages caused by the misrepresentations. Depending on the circumstances, however, the subsequent contract may play a very important role in determining whether or not, and to what extent, a claim for negligent misrepresentation will succeed. Such a contract can have the effect of negating the action in tort and of confining the plaintiff to whatever remedies are available under the law of contract. Moreover, even if the tort claim is not barred altogether by the contract, the duty or liability of the defendant with respect to negligent misrepresentations may be limited or excluded by a term of the subsequent contract so as to diminish or extinguish the plaintiff's remedy in tort. Equally, however, there are cases where the subsequent contract will have no effect whatsoever on the plaintiff's claim for damages in tort.

The first and foremost question should be whether there is a specific contractual duty created by an express term of the contract which is co-extensive with the common law duty of care which the representee alleges the representor has breached. If the pre-contractual representation relied on by the plaintiff became an express term of the subsequent contract then absent any overriding considerations arising from the context in which the transaction occurred, the plaintiff cannot bring a concurrent action in tort for negligent misrepresentation and is confined to whatever remedies are available under the law of contract. Here, there is no concurrency. The employment agreement signed by the appellant does not contain any express contractual obligation co-extensive with the duty of care Cognos is alleged to have breached. The appellant's claim was not that the manager negligently misrepresented the amount of time he would be working on the project in question or the conditions under which his employment could be terminated. Rather, the appellant argued that the manager negligently misrepresented the nature and existence of

doit lui être préjudiciable en ce sens qu'il doit avoir subi un préjudice.

Une action en responsabilité délictuelle fondée sur une déclaration inexacte faite par négligence peut être intentée malgré l'existence d'un lien contractuel entre les parties à l'action. Le fait que les déclarations inexactes alléguées soient faites avant la passation d'un contrat, par exemple au cours des négociations ou dans le cadre d'une entrevue d'embauchage, et le fait qu'un contrat soit par la suite passé par les parties n'excluent pas, en soi, une action en responsabilité délictuelle pour dommages-intérêts fondée sur les déclarations inexactes. Toutefois, selon les circonstances, le contrat subséquent peut avoir une très grande importance lorsqu'il s'agit de déterminer s'il doit être fait droit à une demande fondée sur une déclaration inexacte faite par négligence et dans quelle mesure. Pareil contrat peut avoir pour effet d'exclure l'action fondée sur la responsabilité délictuelle et de restreindre le demandeur à tout recours qu'il peut exercer en vertu du droit des contrats. Par ailleurs, même si le contrat n'exclut pas complètement la demande fondée sur la responsabilité délictuelle, l'obligation ou la responsabilité qui incombe au défendeur en ce qui concerne les déclarations inexactes faites par négligence peut être limitée ou exclue par une condition du contrat subséquent, de façon à restreindre ou à éteindre le recours de nature délictuelle du demandeur. Toutefois, il est également vrai que, dans certains cas, le contrat subséquent n'aura aucun effet sur l'action en dommages-intérêts intentée par le demandeur en vertu de la responsabilité délictuelle.

Il s'agit avant tout de savoir si une obligation contractuelle précise a été créée par une condition expresse du contrat qui coïncide avec l'obligation de diligence existant en common law, que, selon le destinataire, l'auteur de la déclaration aurait violée. Si la déclaration faite avant la signature du contrat à laquelle le demandeur s'est fié est devenue une condition expresse du contrat subséquent, alors faute d'une considération prépondérante découlant du contexte dans lequel l'affaire a été conclue, le demandeur ne peut pas intenter une action en responsabilité délictuelle concomitante fondée sur une déclaration inexacte faite par négligence, et doit se limiter aux recours prévus par le droit des contrats. En l'espèce, il n'existe aucune concomitance. Le contrat de travail que l'appellant a signé ne comporte aucune obligation contractuelle expresse qui coïncide avec l'obligation de diligence que Cognos aurait violée. L'appellant n'a pas allégué que le directeur avait par négligence fait une déclaration inexacte au sujet de la période pendant laquelle il travaillerait au projet en question ou au sujet des conditions en vertu desquelles il pouvait

the employment opportunity being offered. It is the existence, or reality, of the job being interviewed for, not the extent of the appellant's involvement therein, which is at the heart of this tort action, and the employment agreement contains no express provisions dealing with Cognos's obligations with respect to the nature and existence of the project.

There existed a "special relationship" between the parties, and Cognos and its representative, the manager, accordingly owed a duty of care toward the appellant to exercise reasonable care and diligence in making representations as to the employer and the employment opportunity being offered. The misrepresentations by the manager during the interview were made negligently, and the duty of care was therefore breached. It is not sufficient that the manager was truthful during the interview and that he believed in what he was representing. The applicable standard of care should be the one used in every negligence case, namely the universally accepted "reasonable person". The standard of care required by a person making representations is an objective one: it is a duty to exercise such reasonable care as the circumstances require to ensure that representations made are accurate and not misleading. The trial judge did not depart from the applicable standard of care in rendering his decision. He found that, "in all the circumstances", the misrepresentations made by the respondent's representative were negligently made. The trial judge did not impose a duty to make full disclosure on the respondent and its representative. He simply imposed a duty of care, the respect of which required, among other things and in the circumstances of this case, that the appellant be given highly relevant information about the nature and existence of the employment opportunity for which he had applied.

The specific employment agreement signed by the appellant is, in the circumstances of this case, irrelevant to his action for negligent misrepresentation. The common law duty of care invoked by the appellant is "independent" of the employment agreement, and neither Cognos's duty of care nor its liability is affected by the terms of the agreement. In particular, the agreement does not contain any valid disclaimer of responsibility for the representations made during the interview.

être mis fin à son emploi. L'appelant a plutôt soutenu que le directeur a par négligence fait une déclaration inexacte au sujet de la nature et de l'existence de l'emploi qui était offert. C'est l'existence, ou la réalité, de l'emploi en question, et non l'étendue de la participation de l'appelant, qui constitue le nœud de l'action en responsabilité délictuelle en l'espèce, et le contrat de travail ne comporte aucune disposition expresse au sujet des obligations de Cognos en ce qui concerne la nature et l'existence du projet.

Il existait un «lien spécial» entre les parties, et Cognos et son représentant, le directeur, avaient par conséquent une obligation de diligence envers l'appelant et ils étaient tenus de faire preuve d'une prudence et d'une diligence raisonnables en faisant des déclarations au sujet de l'employeur et de l'emploi offert. Les déclarations inexactes du directeur pendant l'entrevue ont été faites par négligence, et l'obligation de diligence a donc été violée. Il ne suffit pas que le directeur ait été sincère pendant l'entrevue et qu'il ait cru ce qu'il disait. La norme de diligence applicable devrait être celle qui est utilisée dans toute affaire de négligence, à savoir celle universellement reconnue de la «personne raisonnable». La norme de diligence requise d'une personne qui fait des déclarations est objective: il s'agit de l'obligation de faire preuve de la diligence raisonnable requise par les circonstances pour que les déclarations faites soient exactes et non trompeuses. Le juge de première instance ne s'est pas écarté de la norme de diligence applicable en rendant sa décision. Il a conclu que, «compte tenu de toutes les circonstances», le représentant de l'intimée a fait les déclarations inexactes par négligence. Le juge de première instance n'a pas imposé à l'intimée et à son représentant l'obligation de faire une divulgation complète. Il a simplement imposé une obligation de diligence qui, pour être respectée, exigeait en l'occurrence, entre autres choses, qu'on fournisse à l'appelant des renseignements très pertinents au sujet de la nature et de l'existence de l'emploi auquel il s'était porté candidat.

Le contrat de travail que l'appelant a signé n'a rien à voir, compte tenu des circonstances de l'espèce, avec l'action fondée sur une déclaration inexacte faite par négligence qu'il a intentée. L'obligation de diligence existant en common law que l'appelant a invoquée est «indépendante» du contrat de travail, et les clauses du contrat de travail n'influent ni sur l'obligation de diligence ni sur la responsabilité de Cognos. En particulier, le contrat ne comprend aucune dénégation valide de responsabilité relativement aux déclarations faites pendant l'entrevue.

Per McLachlin J.: The fact that the parties in this case entered into a contract which contained a specific term governing termination does not preclude the appellant's action in tort for negligent misrepresentation as to the employment. The pre-contractual representation was different in scope and effect from the contractual obligation. The representation at issue in this case concerned the risk of termination coming about, and was not that Cognos would not have the discretion to terminate or transfer the appellant on one month's notice. The appellant relied on that representation in deciding to enter into the contract. It turned out to have been negligently made and false. It follows that the appellant is entitled to damages for the loss suffered as a result of that representation.

The trial judge held that the respondent had a duty not to hold out to applicants that the project was secure when it knew that funding was not approved and knew or should have known that the final approval was not a rubber stamp process and the secure funding was not a foregone conclusion. This is the appropriate standard and the duty of care with respect to representations made in a pre-employment situation is the same as that which applies generally.

Cases Cited

By La Forest J.

Referred to: *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12.

By Iacobucci J.

Distinguished: *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12, rev'g in part (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 145; **referred to:** *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Burrows v. Burke* (1984), 49 O.R. (2d) 76; *Carman Construction Ltd. v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1982] 1 S.C.R. 958, aff'g (1981), 33 O.R. (2d) 472 (Ont. C.A.); *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Hodgins v. Hydro-Electric Commission of the Township of Nepean*,

Le juge McLachlin: Le fait que les parties en l'espèce ont conclu un contrat qui renfermait une condition portant expressément sur la cessation de l'emploi ne voue pas à l'échec l'action en responsabilité délictuelle de l'appellant pour déclaration inexacte faite par négligence relativement à l'emploi. La déclaration faite antérieurement à la passation du contrat différait, de par sa portée et son effet, de l'obligation contractuelle. La déclaration en cause en l'espèce concernait le risque de la cessation de l'emploi, et on n'a pas déclaré que Cognos ne détendrait pas le pouvoir discrétionnaire de congédier ou de muter l'appellant sur préavis d'un mois. L'appellant s'est fondé sur cette déclaration pour décider de signer le contrat. Il s'est trouvé que la déclaration avait été faite par négligence et qu'elle était fautive. D'où il découle que l'appellant a droit aux dommages-intérêts pour la perte qu'il a subie par suite de cette déclaration.

Le juge de première instance a conclu que l'intimée avait l'obligation de ne pas faire croire aux candidats que le projet était assuré alors qu'elle savait que l'engagement des fonds n'avait pas été approuvé et qu'elle savait, ou aurait dû savoir, que l'approbation définitive n'était pas qu'une formalité et que l'engagement des fonds n'avait rien de certain. C'est là le critère qu'il convient d'appliquer et l'obligation de diligence en ce qui concerne les déclarations faites antérieurement à l'embauchage est identique à celle qui s'applique en général.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêt mentionné: *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12.

Citée par le juge Iacobucci

Distinction d'avec l'arrêt: *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12, inf. en partie (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 145; **arrêts mentionnés:** *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Burrows c. Burke* (1984), 49 O.R. (2d) 76; *Carman Construction Ltd. c. Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique*, [1982] 1 R.C.S. 958, conf. (1981), 33 O.R. (2d) 472 (C.A. Ont.); *Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; *J. Nunes Diamonds Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Hodgins c.*

[1976] 2 S.C.R. 501; *The Pas (Town of) v. Porky Packers Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 51; *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466; *V.K. Mason Construction Ltd. v. Bank of Nova Scotia*, [1985] 1 S.C.R. 271; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 3 S.C.R. 3; *Steer v. Aerovox Inc.* (1984), 65 N.S.R. (2d) 91; *H.B. Nickerson & Sons Ltd. v. Wooldridge* (1980), 115 D.L.R. (3d) 97; *Williams v. School District No. 63 (Saanich)* (1986), 11 C.C.E.L. 233 (B.C.S.C.), aff'd on other grounds (1987), 17 C.C.E.L. 257 (B.C.C.A.); *Grenier v. Timmins Board of Education* (1984), 26 A.C.W.S. (2d) 285; *Pettit v. Prince George & District Credit Union* (1991), 35 C.C.E.L. 140; *Roy v. B.N.P.P. Regional Police Commission* (1986), 15 C.C.E.L. 167; *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5; *Sodd Corporation Inc. v. Tessis* (1977), 17 O.R. (2d) 158; *Kingu v. Walmar Ventures Ltd.* (1986), 38 C.C.L.T. 51; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Caparo Industries plc v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568; *Mutual Life and Citizens' Assurance Co. v. Evatt*, [1971] A.C. 793; *Howard Marine and Dredging Co. v. A. Ogden & Sons (Excavations) Ltd.*, [1978] Q.B. 574; *Shaddock & Associates Pty. Ltd. v. Parramatta City Council* (1981), 150 C.L.R. 225; *Blair v. Canada Trust Co.* (1986), 38 C.C.L.T. 300; *Nelson Lumber Co. v. Koch* (1980), 13 C.C.L.T. 201; *Fine's Flowers Ltd. v. General Accident Assurance Co.* (1974), 5 O.R. (2d) 137 (H.C.), aff'd (1977), 17 O.R. (2d) 529 (C.A.); *Hendrick v. De Marsh* (1984), 45 O.R. (2d) 463 (H.C.), aff'd on other grounds (1986), 54 O.R. (2d) 185 (C.A.); *W. B. Anderson & Sons, Ltd. v. Rhodes (Liverpool), Ltd.*, [1967] 2 All E.R. 850; *Hayward v. Mellick* (1984), 45 O.R. (2d) 110; *Datile Financial Corp. v. Royal Trust Corp. of Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 358; *Foster Advertising Ltd. v. Keenberg* (1987), 38 C.C.L.T. 309; *Andronyk v. Williams* (1985), 35 C.C.L.T. 38; *Minister Administering the Environmental Planning and Assessment Act, 1979 v. San Sebastian Pty. Ltd.*, [1983] 2 N.S.W.L.R. 268 (C.A.), aff'd on other grounds (1986), 68 A.L.R. 161 (H.C.); *Banque Financière de la Cité SA v. Westgate Insurance Co.*, [1989] 2 All E.R. 952, aff'd on other grounds [1990] 2 All E.R. 947 (H.L.); *Doherty v. Allen* (1988), 55 D.L.R. (4th) 746.

By McLachlin J.

Referred to: *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12.

Hydro-Electric Commission of the Township of Nepean, [1976] 2 R.C.S. 501; *Le Pas (Ville de) c. Porky Packers Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 51; *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466; *V.K. Mason Construction Ltd. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1985] 1 R.C.S. 271; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 3 R.C.S. 3; *Steer c. Aerovox Inc.* (1984), 65 N.S.R. (2d) 91; *H.B. Nickerson & Sons Ltd. c. Wooldridge* (1980), 115 D.L.R. (3d) 97; *Williams c. School District No. 63 (Saanich)* (1986), 11 C.C.E.L. 233 (C.S.C.-B.), conf. pour d'autres motifs par (1987), 17 C.C.E.L. 257 (C.A.C.-B.); *Grenier c. Timmins Board of Education* (1984), 26 A.C.W.S. (2d) 285; *Pettit c. Prince George & District Credit Union* (1991), 35 C.C.E.L. 140; *Roy c. B.N.P.P. Regional Police Commission* (1986), 15 C.C.E.L. 167; *Esso Petroleum Co. c. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5; *Sodd Corporation Inc. c. Tessis* (1977), 17 O.R. (2d) 158; *Kingu c. Walmar Ventures Ltd.* (1986), 38 C.C.L.T. 51; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Caparo Industries plc c. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568; *Mutual Life and Citizens' Assurance Co. c. Evatt*, [1971] A.C. 793; *Howard Marine and Dredging Co. c. A. Ogden & Sons (Excavations) Ltd.*, [1978] Q.B. 574; *Shaddock & Associates Pty. Ltd. c. Parramatta City Council* (1981), 150 C.L.R. 225; *Blair c. Canada Trust Co.* (1986), 38 C.C.L.T. 300; *Nelson Lumber Co. c. Koch* (1980), 13 C.C.L.T. 201; *Fine's Flowers Ltd. c. General Accident Assurance Co.* (1974), 5 O.R. (2d) 137 (H.C.), conf. par (1977), 17 O.R. (2d) 529 (C.A.); *Hendrick c. De Marsh* (1984), 45 O.R. (2d) 463 (H.C.), conf. pour d'autres motifs par (1986), 54 O.R. (2d) 185 (C.A.); *W. B. Anderson & Sons, Ltd. c. Rhodes (Liverpool), Ltd.*, [1967] 2 All E.R. 850; *Hayward c. Mellick* (1984), 45 O.R. (2d) 110; *Datile Financial Corp. c. Royal Trust Corp. of Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 358; *Foster Advertising Ltd. c. Keenberg* (1987), 38 C.C.L.T. 309; *Andronyk c. Williams* (1985), 35 C.C.L.T. 38; *Minister Administering the Environmental Planning and Assessment Act, 1979 c. San Sebastian Pty. Ltd.*, [1983] 2 N.S.W.L.R. 268 (C.A.), conf. pour d'autres motifs par (1986), 68 A.L.R. 161 (H.C.); *Banque Financière de la Cité SA c. Westgate Insurance Co.*, [1989] 2 All E.R. 952, conf. pour d'autres motifs par [1990] 2 All E.R. 947 (H.L.); *Doherty c. Allen* (1988), 55 D.L.R. (4th) 746.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt mentionné: *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12.

Authors Cited

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book, 1987.

Klar, Lewis N. *Tort Law*. Toronto: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 74 O.R. (2d) 176, 38 O.A.C. 180, 69 D.L.R. (4th) 288, 30 C.C.E.L. 1, 90 CCLC §14, 024, setting aside a judgment of White J. (1987), 63 O.R. (2d) 389, 18 C.C.E.L. 146, allowing the appellant's action for damages for negligent misrepresentation. Appeal allowed.

Peter J. Bishop and Tom Brooker, for the appellant.

Charles T. Hackland and Mark Josselyn, for the respondent.

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

LA FOREST J.—Subject to what I have had to say in *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12, issued concurrently, I agree with Justices Iacobucci and McLachlin, and would dispose of the appeal in the manner proposed by them. Though Iacobucci J. repeats the essence of his analysis in *Checo*, the present case is not one of concurrency at all. It is sufficient for me to say that the tort here was independent of the contract and the liability was not limited by an exclusion clause in the contract.

The reasons of Sopinka and Iacobucci JJ. were delivered by

IACOBUCCI J.—This appeal involves the application of the tort of negligent misrepresentation to a pre-employment representation made by an employer to a prospective employee in the course of a hiring interview. Specifically, this Court is being asked to determine in what circumstances a

Doctrine citée

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book, 1987.

Klar, Lewis N. *Tort Law*. Toronto: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.

Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 74 O.R. (2d) 176, 38 O.A.C. 180, 69 D.L.R. (4th) 288, 30 C.C.E.L. 1, 90 CCLC §14, 024, qui a infirmé le jugement du juge White, (1987), 63 O.R. (2d) 389, 18 C.C.E.L. 146, qui accueillait l'action de l'appelant en dommages-intérêts fondée sur une déclaration inexacte faite par négligence. Pourvoi accueilli.

Peter J. Bishop et Tom Brooker, pour l'appelant.

Charles T. Hackland et Mark Josselyn, pour l'intimée.

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

LE JUGE LA FOREST—Sous réserve de ce que j'ai dit dans l'arrêt connexe *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12, je suis d'accord avec les juges Iacobucci et McLachlin, et je suis d'avis de disposer du pourvoi de la manière qu'ils proposent. Bien que le juge Iacobucci répète, pour l'essentiel, l'analyse qu'il a faite dans *Checo*, il ne s'agit pas du tout ici de concomitance. Qu'il me suffise de dire que le délit en l'espèce était indépendant du contrat et que la responsabilité n'était pas limitée par une clause d'exclusion dans le contrat.

Version française des motifs des juges Sopinka et Iacobucci rendus par

LE JUGE IACOBUCCI—Il s'agit en l'espèce de déterminer si le délit de déclaration inexacte faite par négligence s'applique à une déclaration préalable à l'emploi qu'un employeur a faite à un employé éventuel pendant une entrevue d'embauchage. En particulier, on demande à notre Cour de

representation made during a hiring interview becomes, in law, a "negligent misrepresentation". A subsidiary question deals with the effect of a subsequent employment agreement signed by the plaintiff, and its provisions allowing termination "without cause" and reassignment, on a claim for damages for negligent misrepresentation.

I. Facts

The trial judge conducted an extensive and thorough review of the facts in the course of his reasons for judgment. None of his findings of fact has been challenged in a direct manner by the respondent or altered by the Court of Appeal. As the facts are particularly important in the case at bar, I will review in some detail the trial judge's most relevant findings.

The respondent, Cognos Incorporated (previously named Quasar Corporation and hereinafter referred to as "Cognos" or "respondent"), is an Ottawa-based company which carries on the business of designing, developing and marketing computer programmes and software. In December of 1982, the respondent's President (Mr. Mike Potter) instructed Mr. Sean Johnston, the recently appointed Manager of Product Development for a product line of accounting software known as "Multiview", that Cognos intended to develop Multiview to an equal standing with its main product line called "Power House". Mr. Johnston had also received instructions from the Vice-President of Research and Development of Cognos (Mr. Bob Minns), at the time of accepting the position of Manager of Product Development, that the respondent wished to see Multiview expand beyond the general ledger module (the software involved consists of various "modules") then developed and in circulation, and the accounts payable module then under development. In particular, he was told that the respondent wished to see the development of three additional modules, namely, accounts receivable, cash flow, and fixed assets. Mr. Johnston was instructed by Cognos's senior management to take

déterminer dans quelles circonstances une déclaration faite pendant une entrevue d'embauchage devient, en droit, une «déclaration inexacte faite par négligence». Une question subsidiaire concerne l'effet sur une action en dommages-intérêts découlant d'une déclaration inexacte faite par négligence d'un contrat de travail subséquent signé par le demandeur et des dispositions de ce contrat autorisant le congédiement «sans motif» et la réaffectation.

I. Les faits

Le juge de première instance a effectué un examen minutieux et approfondi des faits dans ses motifs. Aucune de ses conclusions de fait n'a été contestée d'une manière directe par l'intimée ou modifiée par la Cour d'appel. Étant donné que les faits en l'espèce sont particulièrement importants j'examinerai assez en détail les conclusions les plus pertinentes tirées par le juge de première instance.

L'intimée, Cognos Incorporated (autrefois connue sous le nom de Quasar Corporation et ci-après appelée «Cognos» ou «l'intimée»), est une société établie à Ottawa qui exploite une entreprise de conception, d'élaboration et de mise en marché de programmes d'ordinateurs et de logiciels. En décembre 1982, le président de l'intimée (M. Mike Potter) a informé M. Sean Johnston, qui venait d'être nommé directeur, Développement des produits, pour une ligne de produits composée de logiciels de comptabilité et connue sous le nom de «Multiview», que Cognos avait l'intention de développer Multiview au même point que sa ligne de produits principale appelée «Power House». Le vice-président, Recherche et Développement, de Cognos (M. Bob Minns) a également informé M. Johnston, au moment où ce dernier a accepté le poste de directeur, Développement des produits, que l'intimée voulait voir Multiview s'étendre au-delà du module grand livre (le logiciel en cause est composé de divers «modules») alors mis au point et en circulation, et du module comptes créditeurs qu'on était en train de mettre au point. En particulier, il lui a dit que l'intimée envisageait la mise au point de trois modules additionnels, à savoir les comptes débiteurs, le flux de l'encaisse et les

charge and to do whatever was necessary to make Multiview a marketable and profitable product.

A meeting was held on December 21, 1982, during which Mr. Johnston and several senior executives of Cognos reviewed plans for the development of the Multiview line of products according to the mandate that had just been given. Criticisms were voiced by Mr. Johnston about the development of Multiview currently under way. He filed a project schedule covering a period of time up to 1985 and contemplating the development of modules such as accounts payable, accounts receivable, and cash flow.

Mr. Johnston indicated that there was a need on the research and development team of Multiview for an accountant to assist in the writing and maintenance of the software. Mr. Johnston proceeded, with the full knowledge of the respondent's senior management, to advertise for (and later hire) an accountant to help with the development of Multiview. An advertisement was placed in *The Globe and Mail* in mid-January, 1983, and many responses were received. In February of that year, a short list of six chartered accountants were interviewed by Mr. Johnston and two other executives of Cognos. The appellant, Douglas J. Queen, was one of the persons interviewed.

At the time of his interview, the appellant had been qualified as a chartered accountant for some eight and a half years. Since May of 1975, he had been living in Calgary with his wife and children and had occupied positions with three different employers, whereby he gained experience in working with computer accounting systems. For the three and a half years prior to the interview, the appellant had been the Regional Controller for a Calgary-based corporation named Genstar Development Corporation, occupying a relatively well paying and secure managerial position. In the fall of 1982, the appellant was actively seeking employment outside Calgary and was interested in the high-tech industry in the Ottawa area. In the words of the trial judge, the appellant wanted more

immobilisations. La haute direction de Cognos a demandé à M. Johnston d'en assumer la responsabilité et de faire tout ce qu'il fallait pour que Multiview devienne un produit commercialisable et rentable.

Le 21 décembre 1982, a eu lieu une rencontre au cours de laquelle M. Johnston et plusieurs hauts dirigeants de Cognos ont examiné les plans de développement de la ligne de produits Multiview, conformément au mandat qui venait d'être conféré. Monsieur Johnston a formulé des critiques au sujet du développement de Multiview alors en cours. Il a produit un échéancier de projet pour une période allant jusqu'en 1985, lequel prévoyait la mise au point de modules comme les comptes créditeurs, les comptes débiteurs et le flux de l'encaisse.

Monsieur Johnston a fait savoir que l'équipe de recherche et développement de Multiview avait besoin d'un comptable qui l'aiderait à créer et à maintenir le logiciel. Au su de la haute direction de l'intimée, il a fait publier une annonce en vue de retenir les services d'un comptable qui aiderait au développement de Multiview (lequel a par la suite été embauché). Une annonce a été insérée dans le *Globe and Mail* à la mi-janvier 1983, à laquelle de nombreux candidats ont répondu. En février de la même année, M. Johnston et deux autres dirigeants de Cognos ont interviewé six comptables agréés. L'appelant, M. Douglas J. Queen, était l'un d'eux.

Au moment de son entrevue, l'appelant était comptable agréé depuis environ huit ans et demi. Depuis mai 1975, il habitait Calgary avec sa femme et ses enfants et avait occupé des postes auprès de trois employeurs différents, ce qui lui avait permis d'acquérir de l'expérience dans le domaine des systèmes de comptabilité informatisée. Pendant les trois années et demie qui ont précédé l'entrevue, l'appelant avait été contrôleur régional d'une société établie à Calgary, la Genstar Development Corporation, et avait occupé un poste de direction passablement rémunérateur et sûr. À l'automne 1982, l'appelant cherchait activement un emploi à l'extérieur de Calgary, et le secteur de la haute technologie de la région d'Ottawa l'intéressait. Comme l'a dit le juge de première

challenging opportunities than were available for him in Calgary; he wanted a senior financial position that would make use of his expertise in management information computer systems.

On February 14, 1983, the appellant was interviewed for approximately an hour and a half. During this interview, Mr. Johnston made a number of representations (as he had to the other five candidates) about the Multiview project and about the successful candidate's role in its development. These representations are fully canvassed at pp. 396-98 of the reported reasons of the trial judge: (1987), 63 O.R. (2d) 389.

In sum, Mr. Johnston told the appellant that Multiview was a major project which would be developed over a period of two years (the "primary development period") with enhancements and maintenance thereafter, and that the position being interviewed for would be needed throughout this period. It was made clear that Cognos was committed to the development of additional modules of Multiview beyond general ledger (then developed), accounts payable (development under way), and accounts receivable (planned, but not yet under development). Those additional modules were cash flow, fixed assets, inventory, and order entry. Moreover, it was represented that the staff required to develop the Multiview modules would double, from 16 to 32, by August, 1983 (the appellant's evidence), or by the end of the two-year primary development period (Mr. Johnston's evidence). Throughout the interview, it was understood that the successful candidate would play an important role as a chartered accountant in the Multiview project, advising on accounting standards throughout the life of the project. In addition, the trial judge found, based on his assessment of all the evidence, that it was implicitly represented that there was a reasonable plan in existence for the additional modules and that Cognos had made a finan-

instance, l'appelant voulait des possibilités plus stimulantes que celles qui lui étaient offertes à Calgary; il voulait un poste de direction dans le domaine des finances qui ferait appel à son expertise en matière de systèmes automatiques de gestion.

Le 14 février 1983, l'appelant a eu une entrevue d'environ une heure et demie pendant laquelle M. Johnston a fait certaines déclarations (comme il l'avait fait dans le cas des cinq autres candidats) au sujet du projet Multiview et du rôle que jouerait le candidat retenu dans son développement. Ces déclarations sont examinées à fond aux pp. 396 à 398 des motifs du juge de première instance: (1987), 63 O.R. (2d) 389.

En somme, M. Johnston a dit à l'appelant que Multiview était un projet majeur qui serait mis au point sur une période de deux ans (la [TRADUCTION] «période de développement initial»), que les améliorations et la maintenance seraient assurées par la suite, et que le poste en question devait être comblé pendant toute cette période. Il a clairement fait savoir que Cognos était bien décidée à mettre au point des modules additionnels de Multiview, en plus du grand livre (qui existait déjà), des comptes créditeurs (qu'on était en train de mettre au point) et des comptes débiteurs (module envisagé, mais non encore mis au point). Ces modules additionnels étaient le flux de l'encaisse, les immobilisations, l'inventaire et l'enregistrement des commandes. En outre, il a déclaré que le personnel requis pour mettre au point les modules Multiview doublerait, le nombre d'employés devant passer de 16 à 32, avant le mois d'août 1983 (selon le témoignage de l'appelant), ou avant la fin de la période de développement initial de deux ans (selon le témoignage de M. Johnston). Pendant toute l'entrevue, il a laissé entendre que le candidat retenu jouerait, en sa qualité de comptable agréé, un rôle important dans le projet Multiview et qu'il agirait comme conseiller en ce qui concerne les normes comptables pendant toute la durée du projet. De plus, le juge de première instance a conclu, en se fondant sur son appréciation de l'ensemble de la preuve, qu'on avait implicitement déclaré qu'il existait un plan raisonnable à l'égard des modules

cial commitment for such development in the way of budgetary provisions.

At the time of this interview, Mr. Johnston's knowledge as to the respondent's commitment to the development of Multiview was based on conversations and meetings with senior executives of Cognos. He was aware, however, that the funding needed for the full development of Multiview in accordance with his mandate had not yet been approved by the respondent's corporate management team. While this body had met in early February to discuss and formulate strategies and plans for the development of Multiview, it had not yet given any financial commitment commensurate with the mandate given to Mr. Johnston. Mr. Johnston was also aware that this body had the ultimate responsibility of deciding whether to allocate corporate funds for the research and development of Multiview. At no point during the interview was the appellant made aware of the fact that there was no guaranteed funding for the Multiview project as described to him, or that the position being applied for was subject, in any respect, to budgetary approval.

The appellant was offered the job of Manager, Financial Standards, by telephone early in the month of March, 1983. He accepted immediately and Mr. Johnston mailed to him a written contract of employment. It is undisputed that, prior to signing, the appellant read and understood the employment agreement. He knew that its purpose was to define the rights and obligations of the parties. One clause in the contract (clause 14) permitted the respondent to terminate at any time the appellant's employment "without cause" upon one month's notice, or payment of one month's salary in lieu of notice. Another clause (clause 13) enabled the respondent to reassign the appellant to another position within Cognos without reduction in salary and upon one month's notice. Much importance was given to these provisions by the Court of Appeal as well as by the respondent in argument before this Court.

additionnels et que Cognos s'était financièrement engagée à les mettre au point au moyen de dispositions budgétaires.

^a Au moment de l'entrevue, la connaissance de M. Johnston au sujet de l'engagement que l'intimée avait pris à l'égard du développement de Multiview était fondée sur des conversations et sur des rencontres avec des hauts dirigeants de Cognos. Toutefois, M. Johnston savait que l'équipe de gestion d'entreprise de l'intimée n'avait pas encore approuvé le financement nécessaire au plein développement de Multiview, conformément à son mandat. Cette équipe s'était réunie au début de février pour examiner et formuler des stratégies et des plans en vue du développement de Multiview, mais elle n'avait pas encore pris d'engagements financiers correspondant au mandat conféré à M. Johnston. Celui-ci savait également que cette équipe était en dernier ressort chargée de déterminer si la société devait affecter des fonds en recherche et développement pour Multiview. Pendant l'entrevue, l'appelant n'a jamais été informé qu'il n'existait aucun financement garanti pour le projet Multiview comme on le lui avait décrit, ou que le poste auquel il s'était porté candidat était assujéti, à quelques égards que ce soit, à une approbation budgétaire.

On a offert à l'appelant le poste de directeur, Normes financières, par téléphone au début de mars 1983. Il a immédiatement accepté et M. Johnston lui a envoyé, par la poste, un contrat de travail. Il n'est pas contesté qu'avant de signer le contrat de travail, l'appelant l'a lu et le comprenait. Il savait que l'objet du contrat était de définir les droits et obligations des parties. Une clause du contrat (la clause 14) permettait à l'intimée de mettre fin à n'importe quel moment à l'emploi de l'appelant «sans motif» sur préavis d'un mois, ou sur paiement d'un mois de salaire. Une autre (la clause 13) permettait à l'intimée de réaffecter l'appelant à un autre poste au sein de Cognos sans diminution de salaire et sur préavis d'un mois. La Cour d'appel a accordé beaucoup d'importance à ces dispositions, comme l'a également fait l'intimée dans son argumentation devant notre Cour.

For convenience, I shall reproduce clauses 13 and 14 of the employment agreement:

TRANSFER

13. Quasar Systems reserves the right to reassign you to another position with the Company without reduction of your salary or benefits and upon one month's notice to you. Should such reassignment require your permanent relocation to another city, the Company will reimburse you for your expenses in accordance with the then current relocation policy.

TERMINATION NOTICE — ONE MONTH

14. This Agreement may be terminated at any time and without cause by Quasar Systems Ltd. or by you. In the event of termination, Quasar Systems Ltd. will give you one month's notice of termination plus any additional notice that may be required by any applicable legislation. Similarly, you shall give Quasar Systems Ltd. one month's notice if you voluntarily terminate this Agreement. Quasar Systems Ltd. may pay you one month's salary in lieu of the aforesaid notice in which event this Agreement and your employment will be terminated on the date such payment in lieu of notice is made.

The trial judge specifically accepted the appellant's evidence that he signed the contract of employment based on the representations made to him during the interview, and that were it not for those representations he would not have signed it. In order to accept employment with Cognos, the appellant was required to give up a relatively well paying and secure, albeit not as challenging, position in Calgary and to move himself and his family more than halfway across the country.

The appellant commenced employment with Cognos on April 11, 1983. Two weeks later, on April 25, 1983, the corporate management team of the respondent considered for the very first time the project cost estimates for the Multiview project. This body rejected Mr. Johnston's funding proposal which was in excess of \$1,000,000. It decided to commit research and development funds to the Power House project in priority to Multiview. This decision was based on a number of market considerations, including the continuing

Pour plus de commodité, je reproduis les clauses 13 et 14 du contrat de travail:

[TRADUCTION]

^a MUTATION

13. Quasar Systems se réserve le droit de vous réaffecter à un autre poste au sein de la société, sans diminution de salaire ou perte d'avantages, sur préavis d'un mois. Advenant le cas où la réaffectation exige que vous vous réinstalliez en permanence dans une autre ville, la société vous dédommagera de vos frais conformément à la politique de réinstallation alors en vigueur.

^c AVIS DE CESSATION D'EMPLOI — UN MOIS

14. Le présent contrat peut être résilié à n'importe quel moment et sans motif par Quasar Systems Ltd. ou par vous. En cas de cessation d'emploi, Quasar Systems Ltd. vous donnera un préavis d'un mois en sus de tout avis additionnel prévu par une loi pertinente. De même, vous donnerez à Quasar Systems Ltd. un préavis d'un mois si vous résiliez volontairement ce contrat. Quasar Systems Ltd. peut vous verser un mois de salaire au lieu dudit avis, auquel cas ce contrat et votre emploi prendront fin à la date à laquelle cette somme vous sera versée.

^f Le juge de première instance a expressément accepté le témoignage de l'appellant, à savoir qu'il avait signé le contrat de travail en se fondant sur les déclarations qui lui avaient été faites pendant l'entrevue et que, n'eût été de ces déclarations, il ne l'aurait pas signé. Pour accepter l'emploi auprès de Cognos, l'appellant devait renoncer à un poste passablement rémunérateur et sûr, quoique moins stimulant, à Calgary et s'installer avec sa famille presque à l'autre bout du pays.

^h L'appellant a commencé à travailler pour Cognos le 11 avril 1983. Deux semaines plus tard, le 25 avril 1983, l'équipe de gestion d'entreprise de l'intimée a examiné pour la première fois l'estimation des coûts du projet Multiview, et a rejeté la proposition de financement de M. Johnston, laquelle s'élevait à plus de 1 000 000 \$. Elle a décidé de consacrer en priorité des fonds de recherche et développement au projet Power House plutôt qu'au projet Multiview. Cette décision était fondée sur un certain nombre de considé-

low sales of the then developed Multiview module (general ledger) and the continuing high sales of the various Power House modules. The corporate management team allotted a budget of only \$200,000 to Multiview, thus making the development of additional modules beyond accounts receivable quite unrealistic. Further meetings of the management team took place in the following months at which time additional funding curtailment of the Multiview project occurred. On September 9, 1983, barely five months after his arrival in Ottawa, the appellant and others were advised that there would be a reassignment of personnel involved with Multiview owing to diminished research and development funding. The appellant was informed that, unless a position was available for him in the finance and administration department of the respondent, he would most likely be laid off.

On October 28, 1983, the appellant was given his first written notice of termination of employment effective March 21, 1984. The appellant negotiated an amendment to his employment agreement in order to eliminate his obligation to repay \$7,500 of moving expenses, otherwise repayable in the event that his position was terminated within the first year of employment. This notice was rescinded in November, 1983, and the appellant was assigned to quality control of one of the aspects of the Power House project. On May 1, 1984, after having been informed earlier in March that he would no longer be needed with quality control, the appellant secured the position of Manager of Finance in the finance department of the respondent. He performed various tasks while in this function. On July 31, 1984, he received his second written notice of termination effective October 25, 1984. He worked until that day and was paid until November 15, 1984. The trial judge found that the appellant was not dismissed as a result of an unsatisfactory assessment of his job performance.

On March 25, 1985, the appellant commenced an action against the respondent seeking damages

commerciales, notamment sur le chiffre d'affaires constamment bas du module existant de Multiview (grand livre) et sur celui constamment élevé des divers modules de Power House. L'équipe de gestion d'entreprise a alloué une somme de 200 000 \$ seulement à Multiview, de sorte que la mise au point de modules additionnels autres que celui des comptes débiteurs était tout à fait irréaliste. D'autres réunions de l'équipe de gestion ont eu lieu au cours des mois qui ont suivi, et des restrictions financières additionnelles ont alors été apportées au projet Multiview. Le 9 septembre 1983, cinq mois à peine après son arrivée à Ottawa, l'appelant et d'autres employés ont été informés que le personnel prenant part au projet Multiview serait réaffecté, par suite des restrictions apportées au financement de la recherche et du développement. L'appelant a été informé qu'il serait fort probablement licencié, à moins qu'il n'y ait un poste pour lui au sein du service des finances et de l'administration de l'intimée.

Le 28 octobre 1983, l'appelant a reçu un premier avis écrit disant qu'il serait mis fin à son emploi le 21 mars 1984. Il a négocié une modification de son contrat de travail afin d'éliminer l'obligation qui lui incombait de rembourser les frais de déménagement s'élevant à 7 500 \$, qu'il devait par ailleurs rembourser s'il était mis fin à son poste pendant la première année d'emploi. Cet avis a été annulé en novembre 1983, et l'appelant a été affecté au contrôle de la qualité d'un des aspects du projet Power House. Le 1^{er} mai 1984, après avoir été informé plus tôt, en mars, qu'on n'aurait plus besoin de ses services pour le contrôle de la qualité, l'appelant a été nommé au poste de directeur des finances au sein du service des finances de l'intimée. Il a assumé diverses tâches à ce poste. Le 31 juillet 1984, il a reçu un second avis écrit disant qu'il serait mis fin à son emploi le 25 octobre 1984. Il a travaillé jusqu'à cette date et a été rémunéré jusqu'au 15 novembre 1984. Le juge de première instance a constaté que l'appelant n'avait pas été congédié par suite d'une évaluation insatisfaisante de son rendement professionnel.

Le 25 mars 1985, l'appelant a intenté contre l'intimée une action dans laquelle il demandait des

for negligent and fraudulent misrepresentation. He apparently discontinued his claim for fraudulent misrepresentation at some point after filing the statement of claim, and proceeded only in negligence. From the beginning, the appellant's cause of action has been founded wholly and solely in tort. At no time did he argue breach of contract, breach of collateral warranty or any other contractual cause of action against the respondent. He did not dispute the fact that some of the terms of his employment contract appeared to be inconsistent with the representations made by Mr. Johnston. However, it was his understanding from the interview that the Multiview project was a reality and that its existence was not contingent on the happening of some future event. He testified that were it not for the representations made during the interview as to the nature and existence of the employment opportunity, he would not have left his secure position in Calgary.

In a judgment rendered on December 31, 1987, White J. of the Ontario High Court of Justice upheld the appellant's claim and awarded him \$67,224 in damages: (1987), 63 O.R. (2d) 389, 18 C.C.E.L. 146. On May 1, 1990, an appeal by the respondent to the Court of Appeal for Ontario was allowed; the trial judgment was set aside and replaced by a judgment dismissing the action with costs: (1990), 74 O.R. (2d) 176, 38 O.A.C. 180, 69 D.L.R. (4th) 288, 30 C.C.E.L. 1, 90 CLLC §14, 024. The appellant was granted leave to appeal to this Court on January 17, 1991, [1991] 1 S.C.R. xii.

II. Judgments in the Courts Below

A. *Ontario High Court of Justice* (1987), 63 O.R. (2d) 389

The trial judge found, in all the circumstances, that there existed a "special relationship" between the respondent (via Mr. Johnston) and the appellant, within the meaning of *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.), so as to give rise to a duty of care with respect to the representations made during the hiring interview.

dommages-intérêts fondés sur une déclaration inexacte et frauduleuse et faite par négligence. Il a apparemment renoncé à invoquer la déclaration inexacte et frauduleuse à un moment donné, après le dépôt de sa demande, et a uniquement continué à invoquer la négligence. Depuis le début, la cause d'action de l'appelant est entièrement fondée sur la responsabilité délictuelle. L'appelant n'a jamais invoqué la violation du contrat, la violation d'une garantie accessoire ou une autre cause d'action contractuelle contre l'intimée. Il n'a pas contesté que certaines conditions de son contrat de travail semblaient incompatibles avec les déclarations que M. Johnston avait faites. Toutefois, il a cru comprendre, par suite de l'entrevue, que le projet Multiview était une réalité et que son existence ne dépendait pas de la réalisation d'un événement futur. Il a témoigné que n'eût été des déclarations faites pendant l'entrevue quant à la nature et à l'existence de l'emploi, il n'aurait pas quitté son poste sûr à Calgary.

Dans un jugement rendu le 31 décembre 1987, le juge White, de la Haute Cour de justice de l'Ontario, a accueilli la demande de l'appelant et lui a accordé la somme de 67 224 \$ à titre de dommages-intérêts: (1987), 63 O.R. (2d) 389, 18 C.C.E.L. 146. Le 1^{er} mai 1990, la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel interjeté par l'intimé; le jugement de première instance a été infirmé et remplacé par un jugement rejetant l'action avec dépens: (1990), 74 O.R. (2d) 176, 38 O.A.C. 180, 69 D.L.R. (4th) 288, 30 C.C.E.L. 1, 90 CCLC §14, 024. L'appelant a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour le 17 janvier 1991, [1991] 1 R.C.S. xii.

B. Les jugements des cours d'instance inférieure

A. *Haute Cour de justice de l'Ontario* (1987), 63 O.R. (2d) 389

Le juge de première instance a conclu que, compte tenu de toutes les circonstances, il y avait un «lien spécial» entre l'intimée (par l'entremise de M. Johnston) et l'appelant, au sens de l'arrêt *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.), de façon à donner lieu à une obligation de diligence en ce qui concerne les

The fact that this case involved pre-contractual or pre-employment negotiations did not alter this conclusion. Based on his assessment of all the evidence adduced at trial, White J. also found that certain representations made to the appellant during the interview were inaccurate or misleading (i.e., they were misrepresentations), and that these misrepresentations were made in a negligent manner (i.e., they were negligent misrepresentations). Some of his comments in this respect warrant repeating (at pp. 415-16):

I find that misrepresentations were made to the [appellant] by Sean Johnston in the hiring interview. The effect of these misrepresentations was that the [appellant] would have a position in the research and development of the product "Multiview"; that that position would be a significant one and would involve his expertise as an accountant; that he would perform the responsible role of seeing to proper accounting standards being implemented into the product; that beyond the three modules immediately in contemplation were a minimum of four other modules; and that the project of "Multiview", in connection with which [the appellant] would be hired would last a minimum of two years. I find further that Mr. Johnston implicitly represented that management had made a firm budgetary commitment to the development of four other modules in addition to those then presently under development.

I find further, in all the circumstances, that Sean Johnston made those misrepresentations negligently. Based upon his expertise in the field of computer development, he was aware, according to his evidence, that until there is a feasibility study in which cost estimates have been submitted to and have been considered and approved by senior management, one could not say that the [respondent] had made a firm commitment to the project as Mr. Johnston envisaged it and as he described it to [the appellant] in the interview.

Other circumstances which the trial judge took into consideration in concluding that the misrepresentations were negligently made include the following: (1) Mr. Johnston knew, or ought to have known, that the truth of his representations depended on the approval by the corporate man-

déclarations faites pendant l'entrevue d'embauchage. Le fait que cette affaire portait sur des négociations préalables au contrat ou à l'emploi ne changeait rien à cette conclusion. Le juge White a également conclu que, selon son appréciation de l'ensemble de la preuve présentée à l'audience, certaines déclarations faites à l'appellant pendant l'entrevue étaient erronées ou trompeuses (c'est-à-dire qu'il s'agissait de déclarations inexactes), et que ces déclarations inexactes avaient été faites d'une manière négligente (c'est-à-dire qu'il s'agissait de déclarations inexactes faites par négligence). Il vaut la peine de reproduire certaines remarques qu'il a faites à cet égard (aux pp. 415 et 416):

[TRADUCTION] Je conclus que, pendant l'entrevue d'embauchage, Sean Johnston a fait des déclarations inexactes à [l'appellant]. Selon ces déclarations inexactes, [l'appellant] occuperait un poste en recherche et développement pour le produit «Multiview»; ce poste serait un poste d'importance et ferait appel à son expertise à titre de comptable; [l'appellant] serait chargé de veiller à ce que les normes comptables pertinentes soient appliquées relativement au produit; en plus des trois modules immédiatement envisagés, il y aurait au moins quatre autres modules; le projet «Multiview» dans le cadre duquel [l'appellant] serait embauché durerait au moins deux ans. Je conclus en outre que M. Johnston a implicitement déclaré que la direction avait pris un engagement budgétaire ferme à l'égard de la mise au point de quatre autres modules, en plus de ceux qu'on était en train de mettre au point.

Je conclus en outre que, compte tenu de toutes les circonstances, Sean Johnston a fait ces déclarations inexactes par négligence. Vu son expertise dans le domaine de la création informatique, il savait, selon son témoignage, que tant que n'a pas été effectuée une étude de faisabilité dans laquelle l'estimation des coûts est soumise à la haute direction, et examinée et approuvée par celle-ci, il est impossible de dire que [l'intimée] a pris un engagement ferme à l'égard du projet, comme M. Johnston le prévoyait et comme il l'a décrit [à l'appellant] pendant l'entrevue.

Le juge de première instance a notamment tenu compte des circonstances suivantes lorsqu'il a conclu que les déclarations inexactes avaient été faites par négligence: (1) M. Johnston savait, ou aurait dû savoir, que l'exactitude de ses déclarations dépendait de l'approbation, par l'équipe de gestion

agement team of the cost estimates he had prepared for the research and development of the Multiview project; (2) it is reasonable to infer that Mr. Johnston, at the time of the interview, contemplated that the budgetary needs for the Multiview project would be substantial and that approval was at best speculative; (3) Mr. Johnston must have been aware of the continued poor sales performance of the Multiview product line; (4) Mr. Johnston did not disclose to the appellant that senior management had not yet given the financial commitment required to make the plans for the Multiview project a probable reality; (5) Mr. Johnston's expertise in the computer development field should have made him aware that, notwithstanding his conversations with senior management and the meeting of December 21, 1982, there was still a considerable risk that senior management would not give budgetary approval to his plans; (6) Mr. Johnston knew that the appellant was relying on the information he was providing during the interview; (7) Mr. Johnston knew that the appellant had a secure, responsible, and well-paying employment as a chartered accountant in Calgary and that coming to Ottawa would involve moving himself and his family across the country; and (8) Mr. Johnston was aware that the appellant was relying on the position with Cognos to enhance his career significantly as an accountant.

The trial judge also found that, even if Mr. Johnston felt justified in making the representations that he did (based on his conversations with senior management and the meeting of December 21, 1982), and assuming that this deprived his misrepresentations of their negligent quality, then such misrepresentations, while not negligently made by Mr. Johnston, were negligently made by the senior management of the respondent "through Mr. Johnston as an innocent instrument of the [respondent] company" (p. 418).

White J. further found that the appellant had relied upon the negligent misrepresentations, to his

d'entreprise, de l'estimation des coûts qu'il avait préparée en matière de recherche et développement pour le projet Multiview; (2) il est raisonnable de déduire que M. Johnston prévoyait, au moment de l'entrevue, que les besoins budgétaires pour le projet Multiview seraient importants, et que l'approbation était, au mieux, fondée sur des conjectures; (3) M. Johnston devait être au courant du piètre rendement constant des ventes de la ligne de produits Multiview; (4) M. Johnston n'a pas révélé à l'appellant que la haute direction n'avait pas encore pris l'engagement financier requis pour que les plans relatifs au projet Multiview deviennent une réalité probable; (5) l'expertise de M. Johnston dans le domaine de la création informatique aurait dû lui permettre de savoir que, malgré les conversations qu'il avait eues avec des hauts dirigeants et malgré la réunion du 21 décembre 1982, il était encore fort probable que la haute direction ne donne pas l'approbation budgétaire requise; (6) M. Johnston savait que l'appellant se fiait aux renseignements qu'il avait fournis pendant l'entrevue; (7) M. Johnston savait que l'appellant occupait, à Calgary, un poste de responsabilité, un emploi sûr et rémunérateur, à titre de comptable agréé et que, pour venir travailler à Ottawa, il devait s'installer avec sa famille à l'autre bout du pays et (8) M. Johnston savait que l'appellant comptait sur le poste qu'il occuperait auprès de Cognos pour enrichir énormément sa carrière de comptable.

Le juge de première instance a également conclu que, même si M. Johnston croyait pouvoir légitimement faire les déclarations qu'il a faites (compte tenu des conversations qu'il avait eues avec la haute direction et de la réunion du 21 décembre 1982), et à supposer que cela enlève à ses déclarations inexactes leur caractère de négligence, ces déclarations inexactes, bien que M. Johnston ne les ait pas faites par négligence, avaient été faites par négligence par la haute direction de l'intimée [TRADUCTION] «par l'entremise de M. Johnston qui avait innocemment servi d'instrument à la société [intimée]» (à la p. 418).

Le juge White a en outre conclu que l'appellant s'était appuyé sur les déclarations inexactes faites

detriment, and that he had sustained substantial damages (at p. 419):

The misrepresentations induced [the appellant] to quit his job as controller of the Calgary Division of Genstar Development Corporation and to accept employment with the [respondent]. Those representations induced him to sign the contract of employment. But for those representations he would have remained working for the Genstar Development Corporation for some further period of time and would not have become an employee of the [respondent].

Finally, the trial judge addressed a number of arguments raised by the respondent in defence. First, he rejected the proposition that the representations were truthful and that Mr. Johnston was simply giving an opinion as to future events. In his view, the representations were untruthful: "What was untruthful in the representations was the implied assurance in those representations that Mr. Johnston had made a sufficient study of the relevant facts, including the decision of senior management to make a financial commitment to the development of 'Multiview' beyond the accounts receivable module, to be able to make the unqualified representations that he made" (pp. 417-18). All Mr. Johnston had to say, in the trial judge's opinion, was that the feasibility study of the project had not yet been completed. Second, senior management of the respondent made no attempt to disclaim expressly any representations made to the appellant during the interview. Third, the trial judge rejected the defence put forward that the appellant, by his conduct subsequent to learning the situation of Multiview, had affirmed his contract of employment. In this respect, White J. distinguished the decision relied on by the respondent (*Burrows v. Burke* (1984), 49 O.R. (2d) 76 (C.A.)), and held that the appellant's conduct was not one of affirming the contract of employment but of a person in a difficult situation attempting to "minimize his damages" (p. 420). In any event, his conduct "did not amount to an explicit waiver of his right to claim damages in tort arising out of negligent misrepresentations made to him inducing the contract" (p. 421). In his view, whether the contract is affirmed or not, the cause of action in tort is preserved as it is external to the contract. And fourth, the trial judge rejected the respon-

par négligence, à son détriment, et qu'il avait subi un préjudice important (à la p. 419):

[TRADUCTION] Les déclarations inexactes ont poussé [l'appellant] à quitter son emploi de contrôleur de la division de Calgary de Genstar Development Corporation et à accepter un emploi auprès de [l'intimée]. Ces déclarations l'ont amené à signer le contrat de travail. N'eût été de ces déclarations, il aurait continué à travailler pour Genstar Development Corporation pendant un certain temps et ne serait pas devenu un employé de [l'intimée].

Enfin, le juge de première instance a examiné un certain nombre d'arguments que l'intimée a soulevés dans sa défense. Premièrement, il a rejeté la proposition selon laquelle les déclarations étaient véridiques, M. Johnston ayant simplement exprimé une opinion au sujet d'événements futurs. À son avis, les déclarations n'étaient pas véridiques: [TRADUCTION] «Ce qui n'était pas véridique dans les déclarations était la garantie implicite qui y était donnée, à savoir que M. Johnston avait fait une étude suffisante des faits pertinents, et notamment de la décision de la haute direction de prendre un engagement financier à l'égard du développement de «Multiview» au-delà du module comptes débiteurs, pour être en mesure de faire les déclarations catégoriques qu'il a faites» (aux pp. 417 et 418). De l'avis du juge de première instance, il suffisait que M. Johnston dise que l'étude de faisabilité du projet n'était pas encore terminée. Deuxièmement, la haute direction de l'intimée n'a aucunement tenté de nier expressément les déclarations faites à l'appellant pendant l'entrevue. Troisièmement, le juge de première instance a rejeté le moyen de défense selon lequel l'appellant, par la manière dont il a agi après avoir pris connaissance de la situation de Multiview, avait confirmé son contrat de travail. À cet égard, le juge White a fait une distinction en ce qui concerne la décision sur laquelle l'intimée s'appuyait (*Burrows c. Burke* (1984), 49 O.R. (2d) 76 (C.A.)), et a jugé que, par sa conduite, l'appellant n'avait pas confirmé le contrat de travail, mais qu'il avait agi comme une personne qui se trouve dans une situation difficile et qui tente de [TRADUCTION] «minimiser ses dommages» (à la p. 420). Quoi qu'il en soit, sa conduite [TRADUCTION] «n'équivalait pas à une renonciation explicite de son droit de demander des

dent's defence of business necessity on the basis that there was no evidence of any such necessity which would exonerate the respondent from the negligent misrepresentations in issue.

Thus, White J. allowed the appellant's claim for negligent misrepresentation. He assessed the damages payable to the appellant at \$67,224. This amount represented what was necessary, according to White J., "to put the [appellant] in the same position as he would have been if the negligent misrepresentation had not been made" (p. 414). It consists of \$50,000 for loss of income, \$252 for costs of obtaining a new employment, \$11,972 for the loss on the purchase and sale of his home in the Ottawa area, and \$5,000 in general damages for emotional stress.

B. *Ontario Court of Appeal* (1990), 74 O.R. (2d) 176

Finlayson J.A. (Griffiths and Arbour JJ.A. concurring) held that the trial judge made two errors in allowing the appellant's claim to succeed. Finlayson J.A. accepted that there was a "special relationship" between the appellant and the respondent so as to give rise to a duty of care of the sort described in *Hedley Byrne, supra*, and subsequent cases. However, he was of the view that, in the circumstances of the present case, White J. had erred in the manner in which he dealt with the issues of contractual disclaimer and of negligence.

With respect to disclaimer, Finlayson J.A. felt the trial judge had erred in requiring an express

dommages-intérêts fondés sur la responsabilité délictuelle par suite des déclarations inexactes qui lui avaient été faites par négligence et qui l'avaient poussé à signer le contrat» (à la p. 421). À son avis, que le contrat soit confirmé ou non, la cause d'action en responsabilité délictuelle est maintenue car elle est indépendante du contrat. Et quatrième-ment, le juge de première instance a rejeté le moyen de défense fondé sur la nécessité commerciale que l'intimée a invoqué, pour le motif que la preuve n'était pas faite de l'existence d'une nécessité de ce genre qui exonérerait cette dernière des déclarations inexactes faites par négligence.

Ainsi, le juge White a fait droit à la demande de l'appellant en ce qui concerne la déclaration inexacte faite par négligence. Il a évalué à 67 224 \$ le montant des dommages-intérêts payables à ce dernier. Ce montant représentait ce qu'il fallait, selon le juge White, [TRADUCTION] «pour mettre [l'appellant] dans la même situation que celle dans laquelle il aurait été s'il n'y avait pas eu de déclaration inexacte faite par négligence» (à la p. 414). Ce montant se compose de 50 000 \$ pour la perte de revenu, de 252 \$ pour les frais d'obtention d'un nouvel emploi, de 11 972 \$ pour la perte subie par suite de l'achat et de la vente de sa maison dans la région d'Ottawa, et de 5 000 \$ représentant des dommages-intérêts généraux par suite du stress émotionnel subi.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1990), 74 O.R. (2d) 176

Le juge Finlayson (avec l'appui des juges Griffiths et Arbour) a conclu que le juge de première instance a commis deux erreurs en permettant à l'appellant d'avoir gain de cause. Il a reconnu qu'il y a un «lien spécial» entre l'appellant et l'intimée, de sorte qu'il existe une obligation de diligence du genre décrit dans l'arrêt *Hedley Byrne*, précité, et dans des arrêts subséquents. Toutefois, il estime que, compte tenu des circonstances de l'espèce, le juge White a commis une erreur en examinant les questions de dénégation contractuelle et de négligence.

Le juge Finlayson estime que le juge de première instance a commis une erreur en exigeant un

disavowal of any representations that may have been made during the pre-contractual negotiations in order for a disclaimer argument to succeed, as it had in *Hedley Byrne, supra*, and in *Carman Construction Ltd. v. Canadian Pacific Railway Co.*,^a [1982] 1 S.C.R. 958. In Finlayson J.A.'s opinion, something less than an express disclaimer could suffice (at p. 183): "it is a sufficient disclaimer if the contract contains terms which contradict or are inconsistent with the representations relied upon."^b He noted that the contract of employment, which the appellant read and understood, contained provisions relating to the possibility of reassignment and, more importantly, to the termination of employment on one month's notice. He found that such provisions were sufficient to constitute a valid disclaimer (at pp. 183 and 185):

In the case on appeal, the [appellant] stated that he would not have given up his secure position in Calgary for a move to Ottawa that was without permanence, and yet he signed a contract which provided him with no assurances respecting his place of employment or its tenure. To rely on *Hedley Byrne*, the negligent misrepresentation must have amounted to a warranty of job security and yet the contract of employment was surely a disclaimer of just that. No representations as to job security, whether based on performance or on job availability, could have survived the one-month termination notice "without cause" contained in the contract.

The pre-employment discussions in this case merged in the contract of employment. There is no separate tort, even accepting the trial judge's findings of innocent misrepresentation, because the terms of the contract amounted to a disclaimer within the meaning of *Hedley Byrne*. The references to the Multiview project did not amount to warranties or representations that were independent of the contract of employment and they cannot survive the written agreement.

According to Finlayson J.A., this disclaimer was fatal to the appellant's claim as it had the effect of

désaveu exprès de toute déclaration qui pouvait avoir été faite pendant les négociations préalables à la signature du contrat, pour que l'argument fondé sur la dénégation puisse être retenu, comme il l'a été dans l'arrêt *Hedley Byrne*, précité, et dans l'arrêt *Carman Construction Ltd. c. Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique*, [1982] 1 R.C.S. 958. De l'avis du juge Finlayson, quelque chose de moins qu'une dénégation expresse peut suffire (à la p. 183): [TRADUCTION] «il y a une dénégation suffisante si le contrat contient des clauses qui contredisent les déclarations auxquelles on s'est fié ou qui sont incompatibles avec ces déclarations.» Il fait remarquer que le contrat de travail, que l'appelant a lu et compris, contenait des dispositions concernant la possibilité d'une réaffectation et, fait encore plus important, concernant la cessation d'emploi sur préavis d'un mois. Il a conclu que ces dispositions sont suffisantes pour constituer une dénégation valide (aux pp. 183 et 185):

[TRADUCTION] En l'espèce, [l'appelant] a déclaré qu'il n'aurait pas renoncé à son poste sûr à Calgary pour occuper à Ottawa un poste qui n'était pas permanent, et pourtant il a signé un contrat qui ne lui fournissait aucune garantie au sujet de son lieu de travail ou de sa permanence. Pour que l'arrêt *Hedley Byrne* puisse être invoqué, la déclaration inexacte faite par négligence doit équivaloir à une garantie de sécurité d'emploi, et pourtant le contrat de travail contenait certainement une dénégation à ce sujet. Aucune déclaration relative à la sécurité d'emploi, qu'elle soit fondée sur le rendement ou sur la disponibilité d'un emploi, n'aurait pu l'emporter sur la disposition concernant le préavis d'un mois de congédiement «sans motif» figurant dans le contrat.

En l'espèce, les discussions préalables à l'emploi ont abouti au contrat de travail. Il n'existe aucun délit distinct, même si l'on accepte les conclusions tirées par le juge de première instance au sujet d'une déclaration inexacte faite de bonne foi, parce que les conditions du contrat équivalaient à une dénégation au sens de l'arrêt *Hedley Byrne*. Les mentions du projet Multiview n'équivalaient pas à des garanties ou à des déclarations indépendantes du contrat de travail et elles ne peuvent pas l'emporter sur l'entente écrite.

Selon le juge Finlayson, cette dénégation porte un coup fatal à la demande de l'appelant car elle a

negating any assumption of duty of care on the part of the respondent; a conclusion similar to the one reached in *Hedley Byrne and Carman Construction, supra*.

In any event, Finlayson J.A. was of the view that the trial judge had erred in his finding of negligent misrepresentation because he imposed a “higher duty of care” on the respondent than was required in the circumstances. According to Finlayson J.A., the duty in the case at bar is no more than a duty to take care that the representations made were “responsible and accurate to the knowledge of Johnston and of his principal, Cognos” (p. 186). He observed that the same representations were made to all the six candidates, that the purpose of the interview was to make the position sound attractive enough that the successful candidate would accept it, and that Mr. Johnston believed in the veracity of what he was saying during the interview. Moreover, he noted that the trial judge criticized more what was not said by Mr. Johnston, than what was actually said by him. In his view, any duty of care had been fully discharged in the circumstances of this case—there had been no negligent misrepresentation (at pp. 187-88):

Johnston was hired to oversee the Multiview project. Counsel for [the appellant] conceded that Johnston was as surprised as anyone at the corporate decision not to concentrate on it. Johnston believed in what he said to the job applicants about Multiview. The trial judge found that he had a duty to go further and to point out the details of the internal decision-making process at Cognos and stress that that process had not been completed. In other words, his own *bona fide* belief as a knowledgeable executive that the program was going forward was not sufficient. He had to divulge to all of the applicants that he interviewed the precise status of the corporate commitment to the development of the new product so that they could make their own assessment of the viability of the project.

In my opinion, this casts the duty too high. It suggests that at least a quasi-fiduciary relationship existed

pour effet de nier toute présomption d’obligation de diligence de la part de l’intimée, conclusion semblable à celle qui a été tirée dans les arrêts *Hedley Byrne et Carman Construction*, précités.

Quoi qu’il en soit, le juge Finlayson estime que le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu’il y a eu déclaration inexacte faite par négligence parce qu’il a imposé à l’intimée une [TRADUCTION] «obligation de diligence plus lourde» que celle qui était requise compte tenu des circonstances. Selon lui, l’obligation, en l’espèce, consiste simplement à veiller à ce que les déclarations soient [TRADUCTION] «réfléchies et exactes, à la connaissance de M. Johnston et de son commettant, Cognos» (à la p. 186). Le juge Finlayson fait remarquer que les mêmes déclarations ont été faites aux six candidats, que l’objet de l’entrevue était de rendre le poste suffisamment alléchant pour que le candidat retenu l’accepte, et que M. Johnston croyait à la véracité de ce qu’il disait pendant l’entrevue. En outre, il fait remarquer que le juge de première instance a davantage critiqué ce que M. Johnston n’a pas dit que ce qu’il a, en fait, réellement dit. À son avis, toute obligation de diligence a été pleinement respectée, compte tenu des circonstances de l’espèce—il n’y a pas eu de déclaration inexacte faite par négligence (aux pp. 187 et 188):

[TRADUCTION] Monsieur Johnston a été embauché pour superviser le projet Multiview. L’avocat de [l’appelant] a reconnu que la décision de la société de ne pas concentrer son énergie sur ce projet a surpris M. Johnston autant que n’importe qui. Ce dernier croyait ce qu’il disait aux candidats au sujet de Multiview. Le juge de première instance a conclu qu’il était tenu de faire davantage, de signaler les particularités de la procédure interne de prise de décision au sein de Cognos et de souligner que cette procédure n’était pas terminée. En d’autres termes, le fait que, en sa qualité de dirigeant bien informé, il croyait réellement que le programme serait mis en œuvre n’était pas suffisant. Il devait informer tous les candidats qu’il rencontrait de la situation exacte relativement à l’engagement pris par la société à l’égard du développement du nouveau produit, de façon que ceux-ci puissent évaluer eux-mêmes la viabilité du projet.

À mon avis, il en résulte une obligation trop lourde. Cela laisse entendre qu’une relation quasi fiduciaire au

between corporation and job applicant, giving rise to a duty to make full disclosure. Such a duty can exist in a given "special relationship" required by *Hedley Byrne* . . . but it does not exist in this one. The trial judge was in error in extending to this situation the narrow class of contract cases where *uberrima fides* is the standard.

In my opinion, while a "special relationship" existed between [the respondent] and the six applicants, any duty of care that arose from it was discharged. I say this without reference to the disclaimer in [the appellant's] contract. Johnston was not obliged to go farther than he did in describing the job prospects. What he said was truthful, he believed in it, that was enough.

There was an appeal and cross-appeal as to damages. Finlayson J.A. held that if, contrary to his view, the appellant's action was successful, he would not have interfered with the assessment of damages made by the trial judge.

III. Issues

I would characterize the issues raised by this appeal as follows:

(1) Disregarding for now the employment agreement signed by the appellant in March of 1983, did the respondent or its representative Mr. Johnston owe a duty of care to the appellant during the pre-employment interview of February 14, 1983, with respect to the representations made to the appellant about the respondent and the nature and existence of the employment opportunity being offered?

(2) If so, again disregarding for now the contract between the parties, did the respondent or its representative Mr. Johnston breach this duty of care in all the circumstances of this case?

(3) If so, should the answers given to questions 1 and 2, or the result that would normally follow from such conclusions (i.e. liability of the respondent for the damages caused to the appellant, fixed by the trial judge at \$67,224, upheld by the Court

moins existait entre la société et le candidat, d'où l'obligation de faire une divulgation complète. Cette obligation peut exister lorsqu'il y a un «lien spécial» donné au sens de l'arrêt *Hedley Byrne* [. . .] mais en l'espèce, elle n'existe pas. Le juge de première instance a commis une erreur en rangeant la présente affaire dans la catégorie restreinte des affaires contractuelles dans lesquelles *uberrima fides* est la norme.

À mon avis, il existait un «lien spécial» entre [l'intimée] et les six candidats, mais toute obligation de diligence en découlant a été respectée. Je dis ceci sans tenir compte de la dénégation figurant dans le contrat [de l'appelant]. Monsieur Johnston n'était pas tenu de faire davantage que ce qu'il a fait en décrivant les perspectives d'emploi. Ce qu'il a dit était vrai, il y croyait, et cela suffisait.

Un appel et un contre-appel ont été interjetés à l'égard des dommages-intérêts. Le juge Finlayson a conclu que si, contrairement à son avis, l'action intentée par l'appelant était accueillie, il ne modifierait pas l'évaluation des dommages-intérêts faite par le juge de première instance.

III. Les questions en litige

Je définirais comme suit les questions qui se posent en l'espèce:

(1) Abstraction faite pour le moment du contrat de travail signé par l'appelant en mars 1983, l'intimée ou son représentant, M. Johnston, avaient-ils une obligation de diligence envers l'appelant pendant l'entrevue de sélection du 14 février 1983, relativement aux déclarations faites à ce dernier au sujet de l'intimée ainsi que de la nature et de l'existence de l'emploi qui était offert?

(2) Dans l'affirmative, abstraction faite pour le moment du contrat entre les parties, l'intimée ou son représentant, M. Johnston, ont-ils violé cette obligation de diligence, compte tenu des circonstances de l'espèce?

(3) Dans l'affirmative, les réponses données aux questions 1 et 2, ou le résultat qu'entraîneraient normalement ces conclusions (à savoir, la responsabilité de l'intimée, pour le préjudice causé à l'appelant, le montant des dommages-intérêts ayant été

of Appeal, and unchallenged before this Court), be different in any way in view of the fact that the appellant signed an employment agreement after the negligent misrepresentations containing, *inter alia*, a termination “without cause” provision (clause 14) as well as a reassignment provision (clause 13)?

For reasons that follow, I am of the opinion that questions 1 and 2 should be answered in the affirmative and that question 3 should be answered in the negative. The appeal should therefore be allowed and the judgment of White J. in favour of the appellant and granting him damages in the amount of \$67,224 should be restored.

IV. Analysis

A. *Introduction*

This appeal involves an action in tort to recover damages caused by alleged negligent misrepresentations made in the course of a hiring interview by an employer (the respondent), through its representative, to a prospective employee (the appellant) with respect to the employer and the nature and existence of the employment opportunity. Though a relatively recent feature of the common law, the tort of negligent misrepresentation relied on by the appellant and first recognized by the House of Lords in *Hedley Byrne, supra*, is now an established principle of Canadian tort law. This Court has confirmed on many occasions, sometimes tacitly, that an action in tort may lie, in appropriate circumstances, for damages caused by a misrepresentation made in a negligent manner: see *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Hodgins v. Hydro-Electric Commission of the Township of Nepean*, [1976] 2 S.C.R. 501; *The Pas (Town of) v. Porky Packers Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 51; *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466; *Carman Construction, supra*; *V.K. Mason Construction Ltd. v. Bank of Nova Scotia*, [1985] 1 S.C.R. 271;

fixé à 67 224 \$ par le juge de première instance et confirmé par la Cour d’appel et n’ayant pas été contesté devant notre Cour), devraient-ils être, de quelque façon que ce soit, différents vu que, après les déclarations inexactes faites par négligence, l’appellant a signé un contrat de travail contenant notamment une disposition au sujet du congédiement «sans motif» (clause 14) ainsi qu’une disposition concernant la réaffectation (clause 13)?

Pour les motifs qui suivent, j’estime qu’il y a lieu de répondre aux questions 1 et 2 par l’affirmative et à la question 3 par la négative. Le pourvoi devrait donc être accueilli et le jugement que le juge White a rendu en faveur de l’appellant, dans lequel il accordait à ce dernier des dommages-intérêts de 67 224 \$, devrait être rétabli.

d IV. Analyse

A. *Introduction*

Le présent pourvoi concerne une action en responsabilité délictuelle pour dommages-intérêts fondée sur des déclarations inexactes qu’aurait faites par négligence à un employé éventuel (l’appellant) un employeur (l’intimée), par l’entremise de son représentant, dans le cadre d’une entrevue d’embauchage, au sujet de l’employeur ainsi que de la nature et de l’existence de l’emploi. Bien qu’il s’agisse d’un élément relativement récent de la common law, le délit de déclaration inexacte faite par négligence sur lequel s’appuie l’appellant et qui a pour la première fois été reconnu par la Chambre des lords dans l’arrêt *Hedley Byrne*, précité, est maintenant reconnu dans le droit canadien de la responsabilité délictuelle. Notre Cour a confirmé à maintes reprises, et parfois tacitement, qu’une action en responsabilité délictuelle peut être intentée, dans les cas appropriés, pour un préjudice découlant d’une déclaration inexacte faite d’une manière négligente: voir *Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; *J. Nunes Diamonds Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Hodgins c. Hydro-Electric Commission of the Township of Nepean*, [1976] 2 R.C.S. 501; *Le Pas (Ville de) c. Porky*

and *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 3 S.C.R. 3.

While the doctrine of *Hedley Byrne, supra*, is well established in Canada, the exact breadth of its applicability is, like any common law principle, subject to debate and to continuous development. At the time this appeal was heard, there have only been a handful of cases where the tort of negligent misrepresentation was used in a pre-employment context such as the one involved here: see *Steer v. Aerovox Inc.* (1984), 65 N.S.R. (2d) 91 (S.C.T.D.); *H.B. Nickerson & Sons Ltd. v. Wooldridge* (1980), 115 D.L.R. (3d) 97 (N.S.S.C.A.D.); *Williams v. School District No. 63 (Saanich)* (1986), 11 C.C.E.L. 233 (B.C.S.C.), aff'd on other grounds (1987), 17 C.C.E.L. 257 (B.C.C.A.); *Grenier v. Timmins Board of Education*, Ont. H.C., No. 1250/82, May 31, 1984, 26 A.C.W.S. (2d) 285; *Pettit v. Prince George & District Credit Union* (1991), 35 C.C.E.L. 140 (B.C.S.C.); and *Roy v. B.N.P.P. Regional Police Commission* (1986), 15 C.C.E.L. 167 (N.B.Q.B.). Without question, the present factual situation is a novel one for this Court.

Some have suggested that it is inappropriate to extend the application of *Hedley Byrne, supra*, to representations made by an employer to a prospective employee in the course of an interview because it places a heavy burden on employers. As will be apparent from my reasons herein, I disagree in principle with this view. However, I find it unnecessary for the purposes of this appeal to engage in a general and abstract discussion on the applicability of the tort of negligent misrepresentation to pre-employment representations. The thrust of the respondent's argument before this Court is not that the appellant's action is unfounded in law. Rather, the respondent argues that the appellant has not made out a case for compensation based on negligent misrepresentation. Accordingly, this appeal may be disposed of simply by considering

Packers Ltd., [1977] 1 R.C.S. 51; *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466; *Carman Construction*, précité; *V.K. Mason Construction Ltd. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1985] 1 R.C.S. 271; et *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 3 R.C.S. 3.

La doctrine énoncée dans l'arrêt *Hedley Byrne*, précité, est bien établie au Canada, mais l'étendue exacte de son application est, comme tout principe de common law, sujette à controverse et en évolution constante. Au moment où le pourvoi a été entendu, il n'y avait eu que quelques affaires dans lesquelles le délit de déclaration inexacte faite par négligence était utilisé dans un contexte préalable à l'emploi comme celui en l'espèce: voir *Steer c. Aerovox Inc.* (1984), 65 N.S.R. (2d) 91 (C.S.D.P.I.); *H.B. Nickerson & Sons Ltd. c. Wooldridge* (1980), 115 D.L.R. (3d) 97 (C.S.N.-É. Div. app.); *Williams c. School District No. 63 (Saanich)* (1986), 11 C.C.E.L. 233 (C.S.C.-B.) conf. pour d'autres motifs par (1987), 17 C.C.E.L. 257 (C.A.C.B.); *Grenier c. Timmins Board of Education*, H.C. Ont., n° 1250/82, 31 mai 1984, 26 A.C.W.S. (2d) 285; *Pettit c. Prince George & District Credit Union* (1991), 35 C.C.E.L. 140 (C.S.C.-B.); et *Roy c. B.N.P.P. Regional Police Commission* (1986), 15 C.C.E.L. 167 (B.R.N.-B.). La situation de fait ici en cause est indubitablement une situation nouvelle pour notre Cour.

On a laissé entendre qu'il ne convient pas d'étendre l'application de l'arrêt *Hedley Byrne*, précité, aux déclarations qu'un employeur fait à un employé éventuel dans le cadre d'une entrevue, parce que cela impose un lourd fardeau aux employeurs. Mes motifs montreront que je ne souscris pas, en principe, à cet avis. Toutefois, j'estime qu'il est inutile, aux fins du présent pourvoi, d'entamer une discussion générale et abstraite au sujet de l'application du délit de déclaration inexacte faite par négligence aux déclarations préalables à l'emploi. L'essence de l'argument invoqué par l'intimée devant notre Cour n'est pas que l'action intentée par l'appellant n'est pas fondée en droit. L'intimée soutient plutôt que ce dernier n'a pas présenté de preuve à l'appui d'un dédommagement fondé sur une déclaration inexacte faite par

whether or not the required elements under the *Hedley Byrne* doctrine are established in the facts of this case. In my view, they are.

The required elements for a successful *Hedley Byrne* claim have been stated in many authorities, sometimes in varying forms. The decisions of this Court cited above suggest five general requirements: (1) there must be a duty of care based on a "special relationship" between the representor and the representee; (2) the representation in question must be untrue, inaccurate, or misleading; (3) the representor must have acted negligently in making said misrepresentation; (4) the representee must have relied, in a reasonable manner, on said negligent misrepresentation; and (5) the reliance must have been detrimental to the representee in the sense that damages resulted. In the case at bar, the trial judge found that all elements were present and allowed the appellant's claim.

In particular, White J. found, as a fact, that the respondent's representative, Mr. Johnston, had misrepresented the nature and existence of the employment opportunity for which the appellant had applied, and that the appellant had relied to his detriment on those misrepresentations. These findings of fact were undisturbed by the Court of Appeal and, except for a few passing remarks, the respondent does not challenge them before this Court. Thus, the second, fourth, and fifth requirements are not in question here.

The only issues before this Court deal with the duty of care owed to the appellant in the circumstances of this case and the alleged breach of this duty (i.e., the alleged negligence). The respondent concedes that a "special relationship" existed between itself (through its representative) and the appellant so as to give rise to a duty of care. However, it argues that this duty is negated by a disclaimer contained in the employment contract signed by the appellant more than two weeks after the interview. Furthermore, the respondent argues

négligence. Par conséquent, on pourrait trancher le pourvoi simplement en déterminant si l'existence des éléments requis en vertu de la doctrine énoncée dans l'arrêt *Hedley Byrne* est établie selon les faits de l'espèce. À mon avis, cette existence est établie.

Les éléments requis, pour qu'il soit fait droit à une demande fondée sur l'arrêt *Hedley Byrne* ont été énoncés dans de nombreux arrêts, parfois sous diverses formes. Les arrêts précités de notre Cour donnent à penser qu'il existe cinq conditions générales: (1) il doit y avoir une obligation de diligence fondée sur un «lien spécial» entre l'auteur et le destinataire de la déclaration; (2) la déclaration en question doit être fausse, inexacte ou trompeuse; (3) l'auteur doit avoir agi d'une manière négligente; (4) le destinataire doit s'être fié d'une manière raisonnable à la déclaration inexacte faite par négligence, et (5) le fait que le destinataire s'est fié à la déclaration doit lui être préjudiciable en ce sens qu'il doit avoir subi un préjudice. En l'espèce, le juge de première instance a conclu que tous les éléments étaient présents et a fait droit à la demande de l'appelant.

En particulier, le juge White a tenu pour avéré, que le représentant de l'intimée, M. Johnston, avait fait des déclarations inexactes au sujet de la nature et de l'existence de l'emploi auquel l'appelant s'était porté candidat, et que ce dernier s'était appuyé à son détriment sur ces déclarations inexactes. La Cour d'appel n'a pas modifié ces conclusions de fait et, à l'exception de quelques remarques faites en passant, l'intimée ne les conteste pas devant notre Cour. Par conséquent, les deuxième, quatrième et cinquième conditions n'entrent pas ici en ligne de compte.

Les seules questions qui se posent devant notre Cour portent sur l'obligation de diligence qui existe envers l'appelant compte tenu des circonstances de l'espèce, et sur la violation alléguée de cette obligation (c.-à-d. l'allégation de négligence). L'intimée reconnaît qu'il y avait entre elle (par l'entremise de son représentant) et l'appelant, un «lien spécial» qui donnait lieu à une obligation de diligence. Toutefois, elle soutient que cette obligation est éteinte en raison de la dénégation contenue dans le contrat de travail signé par l'appelant plus

that any misrepresentations made during the hiring interview were not made in a negligent manner. For reasons that follow, it is my view that both submissions fail.

However, before turning to these issues, I intend to deal with a preliminary matter not directly raised in argument. This appeal was argued before this Court in close proximity to the case *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12. That case involved circumstances somewhat similar to those in the present appeal in that it also dealt with a claim for damages based on an alleged negligent misrepresentation stemming from pre-contractual negotiations. Generally speaking, in *BG Checo* as in the case at bar, it was argued that certain representations made in a pre-contractual setting did not correspond with the post-agreement reality and were made in a negligent manner. In both cases, the defendants relied on the contract signed by the parties subsequent to the alleged negligent misrepresentation in order to bar the plaintiffs' claim in tort. As my conclusion in *BG Checo* is opposite from the one I take herein, I believe it is useful at the outset to explain why this case is clearly distinguishable from *BG Checo*. In doing so, my hope is to clarify some of the confusion which currently exists with respect to pre-contractual negligent misrepresentations.

B. *Preliminary Observations on the Effect of the Employment Agreement on this Appeal*

As I stated in *BG Checo*, it is now clear that an action in tort for negligent misrepresentation may lie even though the relevant parties to the action (i.e., the representee/plaintiff and the representor/defendant) are in a contractual relationship: see *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5 (C.A.); *Sodd Corporation Inc.*

de deux semaines après l'entrevue. En outre, l'intimée soutient qu'aucune déclaration inexacte faite pendant l'entrevue d'embauchage n'a été faite par négligence. Pour les motifs qui suivent, les deux arguments doivent, à mon avis, être rejetés.

Toutefois, avant d'examiner ces questions, j'ai l'intention de me pencher sur une question préliminaire qui n'a pas directement été soulevée dans l'argumentation. Notre Cour a entendu le présent pourvoi presque en même temps que le pourvoi *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12. Les circonstances de cette affaire sont à peu près semblables à celles de l'espèce, en ce sens qu'il s'agit également d'une action en dommages-intérêts fondée sur une déclaration inexacte qui aurait été faite par négligence dans le cadre de négociations préalables à la passation d'un contrat. De manière générale, dans le pourvoi *BG Checo* comme en l'espèce, on a soutenu que certaines déclarations préalables à la passation du contrat ne correspondaient pas à la réalité, après la passation du contrat, et avaient été faites d'une manière négligente. Dans les deux cas, les défendeurs se sont fondés sur le contrat signé par les parties après les déclarations inexactes qui auraient été faites par négligence pour contester la demande fondée sur la responsabilité délictuelle présentée par les demandeurs. Étant donné que la conclusion que j'ai tirée dans l'arrêt *BG Checo* est contraire à celle que je tire en l'espèce, je crois utile d'expliquer dès le début pourquoi une distinction peut clairement être faite entre les deux affaires. Ce faisant, j'espère dissiper quelque peu la confusion qui existe actuellement en ce qui concerne les déclarations inexactes faites par négligence avant la passation d'un contrat.

B. *Observations préliminaires au sujet de l'effet du contrat de travail sur le présent pourvoi*

Comme je l'ai dit dans l'arrêt *BG Checo*, il est maintenant clair qu'une action en responsabilité délictuelle fondée sur une déclaration inexacte faite par négligence peut être intentée malgré l'existence d'un lien contractuel entre les parties à l'action (à savoir le destinataire de la déclaration ou demandeur et l'auteur de la déclaration ou

v. Tessis (1977), 17 O.R. (2d) 158 (C.A.); *Kingu v. Walmar Ventures Ltd.* (1986), 38 C.C.L.T. 51 (B.C.C.A.); *Carman Construction, supra*; *V.K. Mason Construction, supra*; *Rainbow Industrial Caterers, supra*; and L. N. Klar, *Tort Law* (1991), at p. 162, n. 89. More particularly, the fact that the alleged negligent misrepresentations are made in a pre-contractual setting, such as during negotiations or in the course of an employment hiring interview, and the fact that a contract is subsequently entered into by the parties do not, in themselves, bar an action in tort for damages caused by said misrepresentations: see, for example, *Esso Petroleum, supra*, and the cases cited above dealing specifically with pre-employment misrepresentation.

This is not to say that the contract in such a case is irrelevant and that a court should dispose of the plaintiff's tort claim independently of the contractual arrangement. On the contrary, depending on the circumstances, the subsequent contract may play a very important role in determining whether or not, and to what extent, a claim for negligent misrepresentation shall succeed. Indeed, as evidenced by my conclusion in *BG Checo*, such a contract can have the effect of negating the action in tort and of confining the plaintiff to whatever remedies are available under the law of contract. On the other hand, even if the tort claim is not barred altogether by the contract, the duty or liability of the defendant with respect to negligent misrepresentations may be limited or excluded by a term of the subsequent contract so as to diminish or extinguish the plaintiff's remedy in tort: see, for example, *Hedley Byrne* (although this case did not involve a contract) and *Carman Construction* (although this case involved mostly post-contractual representations), *supra*. Equally true, however, is that there are cases where the subsequent contract will have no effect whatsoever on the plaintiff's claim for damages in tort. As will be apparent from these reasons, it is my view that the

défendeur): voir *Esso Petroleum Co. c. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5 (C.A.); *Sodd Corporation Inc. c. Tessis* (1977), 17 O.R. (2d) 158 (C.A.); *Kingu c. Walmar Ventures Ltd.* (1986), 38 C.C.L.T. 51 (C.A.C.-B.); *Carman Construction*, précité; *V.K. Mason Construction*, précité; *Rainbow Industrial Caterers*, précité; et L. N. Klar, *Tort Law* (1991), à la p. 162, n. 89. En particulier, le fait que les déclarations inexactes alléguées soient faites avant la passation d'un contrat, par exemple au cours des négociations ou dans le cadre d'une entrevue d'embauchage, et le fait qu'un contrat soit par la suite passé par les parties n'excluent pas, en soi, une action en responsabilité délictuelle pour dommages-intérêts fondée sur lesdites déclarations inexactes: voir, par exemple, l'arrêt *Esso Petroleum*, précité, et les arrêts susmentionnés qui portent expressément sur les déclarations inexactes préalables à l'emploi.

Cela ne veut pas dire qu'en pareil cas le contrat n'est pas pertinent et qu'un tribunal devrait trancher la demande fondée sur la responsabilité délictuelle présentée par le demandeur indépendamment des dispositions contractuelles. Au contraire, selon les circonstances, le contrat subséquent peut avoir une très grande importance lorsqu'il s'agit de déterminer s'il doit être fait droit à une demande fondée sur une déclaration inexacte faite par négligence et dans quelle mesure. De fait, comme en fait foi la conclusion que j'ai tirée dans l'arrêt *BG Checo*, pareil contrat peut avoir pour effet d'exclure l'action fondée sur la responsabilité délictuelle et de restreindre le demandeur à tout recours qu'il peut exercer en vertu du droit des contrats. Par ailleurs, même si le contrat n'exclut pas complètement la demande fondée sur la responsabilité délictuelle, l'obligation ou la responsabilité qui incombe au défendeur en ce qui concerne les déclarations inexactes faites par négligence peut être limitée ou exclue par une condition du contrat subséquent, de façon à restreindre ou à éteindre le recours de nature délictuelle: voir, par exemple, l'arrêt *Hedley Byrne* (bien que, dans cette affaire, il n'était pas question de contrat) et l'arrêt *Carman Construction* (bien que cette affaire se rapporte surtout à des déclarations faites après la passation du contrat), précités. Toutefois, il est également

employment agreement signed by the appellant in March of 1983 is governed by this last proposition.

When considering the effect of the subsequent contract on the representee's tort action, everything revolves around the nature of the contractual obligations assumed by the parties and the nature of the alleged negligent misrepresentation. The first and foremost question should be whether there is a specific contractual duty created by an express term of the contract which is co-extensive with the common law duty of care which the representee alleges the representor has breached. Put another way, did the pre-contractual representation relied on by the plaintiff become an express term of the subsequent contract? If so, absent any overriding considerations arising from the context in which the transaction occurred, the plaintiff cannot bring a concurrent action in tort for negligent misrepresentation and is confined to whatever remedies are available under the law of contract. The authorities supporting this proposition, including the decision of this Court in *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, are fully canvassed in my reasons in *BG Checo*. As alluded to in *BG Checo*, this principle is an exception to the general rule of concurrency espoused by this Court in *Central Trust v. Rafuse*, *supra*.

There lies, in my view, the fundamental difference between the present appeal and *BG Checo*, *supra*. In the latter case, the alleged pre-contractual misrepresentation had been incorporated verbatim as an express term of the subsequent contract. As such, the common law duty of care relied on by the plaintiff in its tort action was co-extensive with a duty imposed on the defendant in contract by an express term of their agreement. Thus, it was my

vrai que, dans certains cas, le contrat subséquent n'aura aucun effet sur l'action en dommages-intérêts intentée par le demandeur en vertu de la responsabilité délictuelle. Comme mes motifs le montreront, j'estime que le contrat de travail signé par l'appelant en mars 1983 est régi par cette dernière proposition.

Dans l'examen de l'effet du contrat subséquent sur l'action en responsabilité délictuelle intentée par le destinataire de la déclaration, tout tourne autour de la nature des obligations contractuelles assumées par les parties et de la nature de la déclaration inexacte qui aurait été faite par négligence. Il s'agit avant tout de savoir si une obligation contractuelle précise a été créée par une condition expresse du contrat qui coïncide avec l'obligation de diligence existant en common law, que, selon le destinataire, l'auteur de la déclaration aurait violée. Autrement dit, la déclaration faite avant la signature du contrat à laquelle le demandeur s'est fié, est-elle devenue une condition expresse du contrat subséquent? Dans l'affirmative, faute d'une considération prépondérante découlant du contexte dans lequel l'affaire a été conclue, le demandeur ne peut pas intenter une action en responsabilité délictuelle concomitante (aussi appelée concurrente) fondée sur une déclaration inexacte faite par négligence, et doit se limiter aux recours prévus par le droit des contrats. Dans mes motifs de l'arrêt *BG Checo*, précité, j'ai fait un examen complet des arrêts à l'appui de cette proposition, et notamment de l'arrêt de notre Cour *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147. Comme je le donne à entendre dans l'arrêt *BG Checo*, il s'agit d'une exception à la règle générale de la concomitance que notre Cour a adoptée dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse*, précité.

À mon avis, c'est là la différence fondamentale entre le présent pourvoi et le pourvoi *BG Checo*, précité. Dans cette dernière affaire, la déclaration inexacte alléguée avait été intégralement incorporée à titre de condition expresse du contrat subséquent. En tant que telle, l'obligation de diligence existant en common law, invoquée par le demandeur dans son action en responsabilité délictuelle, coïncidait avec l'obligation incombant au défen-

view that the plaintiff was barred from exercising a concurrent action in tort for the alleged breach of said duty, and this view was reinforced by the commercial context in which the transaction occurred. In the case at bar, however, there is no such concurrency. The employment agreement signed by the appellant in March of 1983 does not contain any express contractual obligation co-extensive with the duty of care the respondent is alleged to have breached. The provisions most relevant to this appeal (clauses 13 and 14) contain contractual duties clearly different from, not co-extensive with, the common law duty invoked by the appellant in his tort action.

Had the appellant's action been based on pre-contractual representations concerning the length of his involvement on the Multiview project or his "job security", as characterized by the Court of Appeal, the concurrency question might be resolved differently in light of the termination and reassignment provisions of the contract. However, it is clear that the appellant's claim was not that Mr. Johnston negligently misrepresented the amount of time he would be working on Multiview or the conditions under which his employment could be terminated. In other words, he did not argue that the respondent, through its representative, breached a common law duty of care by negligently misrepresenting his security of employment with Cognos. Rather, the appellant argued that Mr. Johnston negligently misrepresented the nature and existence of the employment opportunity being offered. It is the existence, or reality, of the job being interviewed for, not the extent of the appellant's involvement therein, which is at the heart of this tort action. A close reading of the employment agreement reveals that it contains no express provisions dealing with the respondent's obligations with respect to the nature and existence of the Multiview project. Accordingly, the *ratio decidendi* of my reasons in *BG Checo* is inapplicable to the present appeal. While both cases involve pre-contractual negligent misrepresentations, only

deur en vertu d'une condition expresse du contrat. J'ai donc estimé que le demandeur ne pouvait pas intenter une action en responsabilité délictuelle concomitante par suite de la violation alléguée de ladite obligation, opinion qui était renforcée par le contexte commercial dans lequel l'opération avait été effectuée. Toutefois, en l'espèce, il n'existe aucune concomitance de ce genre. Le contrat de travail que l'appellant a signé en mars 1983 ne comporte aucune obligation contractuelle expresse qui coïncide avec l'obligation de diligence que l'intimée aurait violée. Les dispositions les plus pertinentes en l'espèce (les clauses 13 et 14) prévoient des obligations contractuelles qui sont clairement distinctes de l'obligation de common law invoquée par l'appellant dans l'action en responsabilité délictuelle et qui ne coïncident pas avec ladite obligation.

Si l'action intentée par l'appellant avait été fondée sur des déclarations faites avant la signature du contrat au sujet de la durée de sa participation au projet Multiview ou de la «sécurité d'emploi», pour reprendre l'expression utilisée par la Cour d'appel, la question de la concomitance pourrait bien être réglée différemment compte tenu des dispositions du contrat concernant la cessation d'emploi et la réaffectation. Toutefois, il est clair que l'appellant n'a pas allégué que M. Johnston avait par négligence fait une déclaration inexacte au sujet de la période pendant laquelle il travaillerait au projet Multiview ou au sujet des conditions en vertu desquelles il pouvait être mis fin à son emploi. En d'autres termes, il n'a pas soutenu que, par l'entremise de son représentant, l'intimée a violé une obligation de diligence existant en common law en faisant par négligence une déclaration inexacte au sujet de sa sécurité d'emploi auprès de Cognos. L'appellant a plutôt soutenu que M. Johnston a par négligence fait une déclaration inexacte au sujet de la nature et de l'existence de l'emploi qui était offert. C'est l'existence, ou la réalité, de l'emploi en question, et non l'étendue de la participation de l'appellant, qui constitue le nœud de l'action en responsabilité délictuelle en l'espèce. La lecture minutieuse du contrat de travail révèle que celui-ci ne comporte aucune disposition expresse au sujet des obligations de l'intimée en ce

BG Checo involved an impermissible concurrent liability in tort and contract, an exception to the general rule of concurrency set out in *Central Trust v. Rafuse*, *supra*. The case at bar does not involve concurrency at all, let alone an exception thereto. ^a

qui concerne la nature et l'existence du projet Multiview. Par conséquent, la *ratio decidendi* de mes motifs dans l'arrêt *BG Checo* ne s'applique pas en l'espèce. Les deux affaires portent sur des déclarations inexactes faites par négligence avant la passation d'un contrat, mais seule l'affaire *BG Checo* concerne une responsabilité concomitante prohibée en droit de la responsabilité délictuelle et en droit des contrats, une exception à la règle générale de la concomitance établie dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse*, précité. En l'espèce, il n'est pas du tout question de la concomitance, et encore moins d'une exception y afférente.

Having said this, it does not follow that the employment agreement is irrelevant to the disposition of this appeal. As I mentioned earlier, even if the tort claim is not barred altogether by the contract as in *BG Checo*, the duty or liability of the representor in tort may be limited or excluded by a term of the subsequent contract. In this respect, the respondent submits that the Court of Appeal was correct in finding that clauses 13 and 14 of the employment agreement represent a valid disclaimer for the misrepresentations allegedly made during the hiring interview, thereby negating any duty of care. I shall return to this issue in the last part of my reasons. I prefer to deal next with the questions of whether the respondent or its representative owed a duty of care to the appellant during the pre-employment interview and, if so, whether there was a breach of this duty in all the circumstances of this case. ^b

Cela dit, il ne s'ensuit pas que le contrat de travail n'est pas pertinent dans le présent pourvoi. Comme je l'ai déjà mentionné, même si le contrat n'exclut pas la demande fondée sur la responsabilité délictuelle, comme c'était le cas dans le pourvoi *BG Checo*, le devoir ou l'obligation de l'auteur de la déclaration sur le plan délictuel peut être limité ou exclu par une condition du contrat subséquent. À cet égard, l'intimée soutient que la Cour d'appel a eu raison de conclure que les clauses 13 et 14 du contrat de travail constituent une dénégation valide des déclarations inexactes qui auraient été faites pendant l'entrevue d'embauchage, de sorte que l'obligation de diligence est annulée. Je reviendrai sur la question dans la dernière partie de mes motifs. Je préfère examiner maintenant la question de savoir si, pendant l'entrevue de sélection, l'intimée ou son représentant avaient une obligation de diligence envers l'appelant et, dans l'affirmative, si cette obligation a été violée compte tenu des circonstances de l'espèce. ^c

C. *The Duty of Care Owed to the Appellant*

The respondent concedes that it itself and its representative, Mr. Johnston, owed a duty of care towards the six job applicants being interviewed, including the appellant, not to make negligent misrepresentations as to Cognos and the nature and permanence of the job being offered. In so doing, it accepts as correct the findings of both the trial judge and the Court of Appeal that there existed between the parties a "special relationship" within the meaning of *Hedley Byrne*, *supra*. ^d

C. *L'obligation de diligence envers l'appelant*

L'intimée concède qu'elle et son représentant, M. Johnston, avaient une obligation de diligence envers les six candidats qui subissaient une entrevue, dont l'appelant, à savoir qu'elle ne devait pas faire par négligence des déclarations inexactes au sujet de Cognos ou de la nature et de la permanence de l'emploi offert. Ce faisant, elle reconnaît l'exactitude des conclusions tirées par le juge de première instance et par la Cour d'appel, selon lesquelles il existait entre les parties un «lien spécial» au sens de l'arrêt *Hedley Byrne*, précité. ^e

In my view, this concession is a sensible one. Without a doubt, when all the circumstances of this case are taken into account, the respondent and Mr. Johnston were under an obligation to exercise due diligence throughout the hiring interview with respect to the representations made to the appellant about Cognos and the nature and existence of the employment opportunity.

There is some debate in academic circles, fuelled by various judicial pronouncements, about the proper test that should be applied to determine when a "special relationship" exists between the representor and the representee which will give rise to a duty of care. Some have suggested that "foreseeable and reasonable reliance" on the representations is the key element to the analysis, while others speak of "voluntary assumption of responsibility" on the part of the representor. Recently, in *Caparo Industries plc v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.), a case unlike the present one in that there the whole issue revolved around the existence of a duty of care, the House of Lords suggested that three criteria determine the imposition of a duty of care: foreseeability of damage, proximity of relationship, and the reasonableness or otherwise of imposing a duty.

For my part, I find it unnecessary—and unwise in view of the respondent's concession—to take part in this debate. Regardless of the test applied, the result which the circumstances of this case dictate would be the same. It was foreseeable that the appellant would be relying on the information given during the hiring interview in order to make his career decision. It was reasonable for the appellant to rely on said representations. There is nothing before this Court that suggests that the respondent was not, at the time of the interview or shortly thereafter, assuming responsibility for what was being represented to the appellant by Mr. Johnston. As noted by the trial judge, Mr. Johnston discussed the Multiview project in an unqualified manner, without making any relevant *caveats*. The alleged disclaimers of responsibility are provisions of a

À mon avis, cette concession est sensée. Sans doute, si l'on tient compte des circonstances de l'espèce, l'intimée et M. Johnston étaient obligés de faire preuve de diligence raisonnable pendant toute l'entrevue d'embauchage en ce qui concerne les déclarations qui étaient faites à l'appelant au sujet de Cognos ou de la nature et de l'existence de l'emploi.

Dans les milieux universitaires, il existe une certaine controverse, alimentée par divers prononcés judiciaires, quant au critère qu'il convient d'appliquer pour déterminer dans quelles circonstances il existe entre l'auteur d'une déclaration et son destinataire un «lien spécial» qui donne lieu à une obligation de diligence. Certains ont laissé entendre que l'élément fondamental de l'examen est qu'il est [TRADUCTION] «prévisible et raisonnable qu'on se fierait» aux déclarations, mais d'autres parlent du fait que l'auteur de la déclaration [TRADUCTION] «engage volontairement sa responsabilité». Récemment, dans l'arrêt *Caparo Industries plc c. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.), une affaire différente à ceux de l'espèce en ce sens que tout le litige concernait l'existence d'une obligation de diligence, la Chambre des lords a laissé entendre que l'obligation de diligence est fonction de trois critères: la prévisibilité du préjudice, l'étroitesse des liens entre les intéressés et le fait qu'il soit raisonnable ou non d'imposer une obligation.

Pour ma part, j'estime qu'il est inutile—et peu sage, compte tenu de la concession faite par l'intimée—d'intervenir dans cette controverse. Indépendamment du critère appliqué, le résultat dicté par les circonstances de l'espèce serait le même. Il était prévisible que l'appelant se fierait aux renseignements donnés pendant l'entrevue d'embauchage pour prendre une décision au sujet de sa carrière: Il était raisonnable qu'il se fie à ces déclarations. Rien de ce qui a été présenté devant notre Cour ne semble indiquer qu'au moment de l'entrevue ou peu de temps après, l'intimée n'assumait pas la responsabilité de ce que M. Johnston disait à l'appelant. Comme le juge de première instance l'a fait remarquer, M. Johnston a parlé du projet Multiview en termes catégoriques, sans faire quelque mise en garde que ce soit à ce sujet. Les

contract signed more than two weeks after the interview. For reasons that I give in the last part of this analysis, these provisions are not valid disclaimers. They do not negate the duty of care owed to the appellant or prevent it from arising as in *Hedley Byrne and Carman Construction, supra*. It was foreseeable to the respondent and its representative that the appellant would sustain damages should the representations relied on prove to be false and negligently made. There was, undoubtedly, a relationship of proximity between the parties at all material times. Finally, it is not unreasonable to impose a duty of care in all the circumstances of this case; quite the contrary, it would be unreasonable not to impose such a duty. In short, therefore, there existed between the parties a "special relationship" at the time of the interview. The respondent and its representative Mr. Johnston were under a duty of care during the pre-employment interview to exercise reasonable care and diligence in making representations as to the employer and the employment opportunity being offered.

Although it was not argued before this Court, I wish to add what is implicit in my acceptance of the respondent's concession, namely, that I reject the so-called restrictive approach as to who can owe a *Hedley Byrne* duty of care, often associated with the majority judgment in *Mutual Life and Citizens' Assurance Co. Ltd. v. Evatt*, [1971] A.C. 793 (P.C.). In my opinion, confining this duty of care to "professionals" who are in the business of providing information and advice, such as doctors, lawyers, bankers, architects, and engineers, reflects an overly simplistic view of the analysis required in cases such as the present one. The question of whether a duty of care with respect to representations exists depends on a number of considerations including, but not limited to, the representor's profession. While this factor may provide a good indication as to whether a "special relationship" exists between the parties, it should not be treated in all cases as a threshold requirement. There may be sit-

dénégations de responsabilité alléguées sont des dispositions d'un contrat signé plus de deux semaines après l'entrevue. Pour les raisons que j'énoncerai à la fin de cette analyse, ces dispositions ne constituent pas des dénégations valides. Elles n'annulent pas l'obligation de diligence qui existe envers l'appelant ni n'empêchent cette obligation d'être soulevée, comme c'était le cas dans les arrêts *Hedley Byrne* et *Carman Construction*, précités. L'intimée et son représentant pouvaient prévoir que l'appelant subirait un préjudice si les déclarations sur lesquelles ce dernier s'était appuyé se révélaient fausses et faites par négligence. Sans aucun doute, il existait, à tout moment pertinent, des liens suffisamment étroits entre les parties. Enfin, il n'est pas déraisonnable d'imposer une obligation de diligence, compte tenu des circonstances de l'espèce; bien au contraire, il serait déraisonnable de ne pas imposer pareille obligation. Bref, il existait donc un «lien spécial» entre les parties au moment de l'entrevue. L'intimée et son représentant, M. Johnston, avaient une obligation de diligence pendant l'entrevue de sélection et ils étaient tenus de faire preuve d'une prudence et d'une diligence raisonnables en faisant des déclarations au sujet de l'employeur et de l'emploi offert.

La chose n'a pas été débattue devant notre Cour, mais je veux ajouter ce qui est implicite lorsque je retiens la concession faite par l'intimée, à savoir que je rejette ce qu'on appelle la méthode restrictive lorsqu'il s'agit de déterminer qui peut avoir une obligation de diligence au sens de l'arrêt *Hedley Byrne*, qui est souvent associé au jugement rendu par la majorité dans l'arrêt *Mutual Life and Citizens' Assurance Co. Ltd. c. Evatt*, [1971] A.C. 793 (C.P.). À mon avis, limiter cette obligation de diligence aux «professionnels» dont la tâche consiste à fournir des renseignements et des conseils, comme les médecins, les avocats, les banquiers, les architectes et les ingénieurs, est adopter une vue trop simpliste au sujet de l'examen requis dans des affaires comme la présente espèce. La question de savoir si une obligation de diligence existe à l'égard des déclarations dépend d'un certain nombre de considérations, notamment de la profession de l'auteur. Ce facteur peut constituer une bonne

uations where the surrounding circumstances provide sufficient indicia of a duty of care, notwithstanding the representor's profession. Indeed, the case at bar is a good example. I find support for a more flexible approach on this question in a number of authorities: see, for example, the dissenting reasons of Lord Reid and Lord Morris in *Mutual Life, supra*; *Esso Petroleum, supra*; *Howard Marine and Dredging Co. v. A. Ogden & Sons (Excavations) Ltd.*, [1978] Q.B. 574 (C.A.); *Shaddock & Associates Pty. Ltd. v. Parramatta City Council* (1981), 150 C.L.R. 225 (H.C. Aust.); *Blair v. Canada Trust Co.* (1986), 38 C.C.L.T. 300 (B.C.S.C.); *Nelson Lumber Co. v. Koch* (1980), 13 C.C.L.T. 201 (Sask. C.A.); and A. M. Linden, *Canadian Tort Law* (4th ed. 1988), at pp. 400-404.

D. *The Breach of the Duty of Care*

(1) Introduction

The next issue deals with whether the above duty of care was breached during the course of the pre-employment interview of February 14, 1983. The main question to be addressed here is whether the misrepresentations of Mr. Johnston during the interview were negligently made, as found by the trial judge.

In order to answer this question, it will be necessary to determine the nature and extent of the duty of care owed to the appellant in the circumstances of this case or, as I prefer to characterize it, the standard of care imposed by law on the respondent and its representative. Specifically, we must ask ourselves whether it is sufficient, in law, that Mr. Johnston was truthful during the interview and that he believed in what he was representing, as found by the Court of Appeal, or whether something more was required of him.

I will also deal under this heading with a sub-issue raised by the respondent, namely, the nature of the misrepresentations made in the case at bar. As

indication lorsqu'il s'agit de savoir s'il existe un «lien spécial» entre les parties, mais il ne devrait pas toujours être considéré comme une condition préliminaire. Il peut y avoir des cas dans lesquels les circonstances indiquent suffisamment l'existence d'une obligation de diligence, quelle que soit la profession de l'auteur de la déclaration. De fait, la présente espèce en est un bon exemple. Je me fonde sur un certain nombre d'arrêts pour préconiser une méthode plus souple à cet égard: voir, par exemple, les motifs de dissidence de lord Reid et lord Morris dans l'arrêt *Mutual Life*, précité; *Esso Petroleum*, précité; *Howard Marine and Dredging Co. c. A. Ogden & Sons (Excavations) Ltd.*, [1978] Q.B. 574 (C.A.); *Shaddock & Associates Pty. Ltd. c. Parramatta City Council* (1981), 150 C.L.R. 225 (H.C. Austr.); *Blair c. Canada Trust Co.* (1986), 38 C.C.L.T. 300 (C.S.C.-B.); *Nelson Lumber Co. c. Koch* (1980), 13 C.C.L.T. 201 (C.A. Sask.); et A. M. Linden, *La responsabilité civile délictuelle*, (4^e éd. 1988), aux pp. 483 à 488.

D. *La violation de l'obligation de diligence*

(1) Introduction

Il s'agit maintenant de savoir si ladite obligation de diligence a été violée pendant l'entrevue de sélection qui a eu lieu le 14 février 1983. Il faut principalement déterminer si les déclarations inexactes de M. Johnston pendant l'entrevue ont été faites par négligence, comme l'a conclu le juge de première instance.

Pour répondre à cette question, il y a lieu de déterminer la nature et l'étendue de l'obligation de diligence existant envers l'appelant, compte tenu des circonstances de l'espèce, ou comme je préfère l'appeler, de la norme de diligence que la loi impose à l'intimée et à son représentant. En particulier, nous devons nous demander s'il suffit, en droit, que M. Johnston ait été sincère pendant l'entrevue et qu'il ait cru ce qu'il disait, comme la Cour d'appel l'a conclu, ou s'il était tenu de faire davantage.

J'examinerai également sous cette rubrique une question accessoire que l'intimée a soulevée, au sujet de la nature des déclarations inexactes qui ont

previously noted, the trial judge found as a fact that some of the representations made to the appellant in the course of the pre-employment interview were misrepresentations in the sense that they were inaccurate or misleading. This finding, made on the basis of White J.'s assessment of all the evidence, was not disturbed in any way by the Court of Appeal. The respondent is not challenging—at least not directly—this finding of fact before this Court. However, it is arguing that regardless of any negligence these misrepresentations are not actionable at law under the *Hedley Byrne* principle because they depend on inferences or implications rather than on direct and express statements, and because they relate to a future expectation. I shall address this submission following my review of the relevant standard of care and of its application to the facts of this case.

(2) The Standard of Care Imposed on the Respondent

According to Finlayson J.A., the duty imposed on the respondent and its representative is “no more than a duty to take care that the representations made were responsible and accurate to the knowledge of Johnston and of his principal, Cognos” (p. 186). In his view, Mr. Johnston was not obliged to go further than he did in describing the employment opportunity to the appellant: “What he said was truthful, he believed in it, that was enough” (p. 188).

Before this Court, the respondent adopts the position of Finlayson J.A. with respect to the applicable standard of care. It also adopts his finding that the trial judge erred in imposing a higher standard than was required in the circumstances, namely, a standard of disclosure to the appellant concerning the extent of the respondent's financial commitment to the Multiview project. It is submitted that the trial judge's approach is an unwarranted extension to the law of master/servant of a quasi-fiduciary duty of *uberrima fides*. Finally, the respondent adopts the finding of Finlayson J.A. that the duty of care imposed on the respondent and its representative was fully discharged. In this

été faites en l'espèce. Comme je l'ai déjà fait remarquer, le juge de première instance a tenu pour avéré que certaines déclarations faites à l'appelant dans le cadre de l'entrevue de sélection étaient inexactes en ce sens qu'elles étaient erronées ou trompeuses. La Cour d'appel n'a aucunement modifiée cette conclusion fondée sur l'appréciation de la preuve dans son ensemble faite par le juge White. L'intimée ne conteste pas—du moins pas directement—cette conclusion de fait devant notre Cour. Toutefois, elle soutient qu'indépendamment de toute négligence, ces déclarations inexactes n'ouvrent pas droit à une poursuite en vertu du principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne*, parce qu'elles dépendent de déductions ou de suppositions plutôt que de déclarations directes et expresses, et parce qu'elles se rapportent à une attente future. Je me pencherai sur cet argument après avoir examiné la norme de diligence pertinente et son application aux faits de l'espèce.

(2) La norme de diligence imposée à l'intimée

Selon le juge Finlayson, l'obligation qui incombe à l'intimée et à son représentant est [TRADUCTION] «tout au plus une obligation de veiller à ce que les déclarations faites soient réfléchies et exactes, à la connaissance de M. Johnston et de son commettant, Cognos» (à la p. 186). À son avis, M. Johnston n'était pas tenu de faire plus que ce qu'il a fait en décrivant la perspective d'emploi à l'appelant: [TRADUCTION] «Ce qu'il a dit était vrai, il y croyait, et cela suffisait» (à la p. 188).

Devant notre Cour, l'intimée adopte la position du juge Finlayson, en ce qui concerne la norme de diligence applicable. Elle adopte également la conclusion, tirée par ce dernier, que le juge de première instance a commis une erreur en imposant une norme plus élevée que celle qui est requise compte tenu des circonstances, à savoir, une norme selon laquelle il fallait divulguer à l'appelant l'étendue de l'engagement financier pris par l'intimée à l'égard du projet Multiview. On soutient que la position que le juge de première instance a prise constitue une application injustifiée au droit relatif aux employeurs et employés de l'obligation quasi fiduciare d'*uberrima fides*. Enfin, l'intimée fait

respect, the respondent emphasizes the fact that the recruitment process for the position in question had been commenced by Mr. Johnston with full knowledge and support of a number of senior executives of the respondent, and that there was in fact a "commitment" of the respondent to develop Multiview in the way outlined by Mr. Johnston during the interview.

The appellant characterizes the applicable standard of care in a somewhat different manner. He submits that the respondent's duty of care required that both it itself and Mr. Johnston take reasonable steps to avoid conveying information to the appellant about his prospective employment that was materially inaccurate or misleading. According to him, this duty also required them to put themselves "in the appellant's shoes" in assessing the possible impact of their representations on his career choices. In particular, it is argued that they had a duty to consider what inferences the appellant would probably make from the pre-employment statements. The appellant concedes that this standard appears to be high; however, he submits that it is justified in a pre-employment situation based on a number of "policy considerations". Finally, the appellant argues that the applicable standard requires not only that an employer provide accurate information regarding the employment opportunity, but it also requires that he or she provide complete information, viz. full disclosure. In the case at bar, the appellant submits that the duty of care was not discharged since the information provided by Mr. Johnston was incomplete; there was no mention of the absence of a financial commitment. In any event, it is submitted that there was negligence even under a lower standard of care because the respondent and its representative did not ensure that the information provided, both expressly and impliedly, was accurate.

In my view, the relevant standard of care is neither the one advanced by the respondent and the Court of Appeal nor the one proposed by the appellant. The former is too low as it equates, in

sienne la conclusion du juge Finlayson qu'elle et son représentant se sont pleinement acquittés de l'obligation de diligence qui leur incombait. À cet égard, l'intimée met l'accent sur le fait que la procédure de recrutement pour le poste en question avait été engagée par M. Johnston au su et avec l'appui d'un certain nombre de ses hauts dirigeants et qu'il existait en fait un «engagement» à mettre au point Multiview de la façon décrite par M. Johnston pendant l'entrevue.

L'appelant décrit la norme de diligence applicable d'une manière assez différente. Il soutient que l'obligation de diligence qui incombait à l'intimée obligeait cette dernière ainsi que M. Johnston à prendre des mesures raisonnables pour éviter de lui fournir des renseignements erronés ou trompeurs sur des points importants quant à son emploi éventuel. Selon lui, cette obligation les obligeait également à se mettre à sa place en évaluant l'effet que pourraient avoir leurs déclarations sur son choix de carrière. En particulier, il soutient qu'ils étaient obligés de tenir compte des déductions que l'appelant ferait probablement à partir de leurs déclarations. L'appelant convient que cette norme semble élevée, mais, soutient-il, la chose est justifiée dans une situation de préembauchage compte tenu d'un certain nombre de «considérations de principe». Enfin, l'appelant prétend que, selon la norme applicable, non seulement l'employeur doit fournir des renseignements exacts au sujet de la perspective d'emploi, mais il doit également fournir des renseignements complets, c'est-à-dire faire une divulgation complète. En l'espèce, l'appelant soutient que l'obligation de diligence n'a pas été respectée, étant donné que les renseignements fournis par M. Johnston étaient incomplets; il n'a pas été question de l'absence d'engagement financier. Quoi qu'il en soit, il affirme qu'il y a eu négligence même selon une norme de diligence moins élevée, parce que l'intimée et son représentant ne se sont pas assurés de l'exactitude des renseignements expressément ou implicitement fournis.

À mon avis, la norme de diligence pertinente n'est ni celle que l'intimée et la Cour d'appel ont avancée ni celle que l'appelant propose. La première est trop souple car elle assimile essentielle-

essence, a duty of care with a duty of common honesty. On the other hand, the standard of care proposed by the appellant is too onerous as it is tantamount to requiring full disclosure from employers during pre-employment interviews. This Court has been presented with no compelling reasons to treat representations made in an employment context differently from representations made in any other context. It is unfortunate that the appellant has spent considerable time in his argument trying to convince this Court to recognize a fundamentally new standard of care, specific to the employment context. Clearly, the standard of care normally required by law is sufficient to dispose of this appeal in the appellant's favour. Upholding the trial judge's finding of negligence does not require an expansion of tort law into previously uncharted and hence unknown waters. Rather, it simply requires an application of well established principles of the law of negligence.

The applicable standard of care should be the one used in every negligence case, namely the universally accepted, albeit hypothetical, "reasonable person". The standard of care required by a person making representations is an objective one. It is a duty to exercise such reasonable care as the circumstances require to ensure that representations made are accurate and not misleading: see *Hedley Byrne*, *supra*, at p. 486, *per* Lord Reid; *Hodgins v. Hydro-Electric Commission*, *supra*, at pp. 506-9, *per* Ritchie J. for the majority of this Court; *H.B. Nickerson & Sons v. Wooldridge*, *supra*, at pp. 135-36; J. G. Fleming, *The Law of Torts* (7th ed. 1987), at pp. 96-104 and 614; *Linden*, *supra*, at pp. 105-19; and *Klar*, *supra*, at pp. 159-60. Professor Klar provides some useful insight on this issue (at p. 160):

An advisor does not guarantee the accuracy of the statement made, but is only required to exercise reasonable care with respect to it. As with the issue of standard of care in negligence in general, this is a question of fact which must be determined according to the circum-

ment l'obligation de diligence à une obligation d'honnêteté ordinaire. Par contre, la norme de diligence proposée par l'appelant est trop lourde car elle équivaut à exiger de l'employeur la divulgation complète pendant les entrevues de préembauchage. On n'a présenté à notre Cour aucun motif impérieux permettant de considérer les déclarations faites dans le contexte d'un emploi d'une manière différente de celles qui sont faites dans un autre contexte. Il est malheureux que l'appelant ait passé beaucoup de temps, dans son argumentation, à tenter de convaincre notre Cour de reconnaître une norme de diligence fondamentalement nouvelle, propre au contexte de l'emploi. De toute évidence, la norme de diligence normalement requise par la loi est suffisante pour trancher le présent pourvoi en faveur de l'appelant. Confirmer la conclusion de négligence tirée par le juge de première instance n'exige pas qu'on étende le droit de la responsabilité délictuelle à un domaine non encore exploré et par conséquent inconnu. Cela exige plutôt simplement une application de principes bien établis du droit en matière de négligence.

La norme de diligence applicable devrait être celle qui est utilisée dans toute affaire de négligence, à savoir celle universellement reconnue, quoique hypothétique, de la «personne raisonnable». La norme de diligence requise d'une personne qui fait des déclarations est objective. Il s'agit de l'obligation de faire preuve de la diligence raisonnable requise par les circonstances pour que les déclarations faites soient exactes et non trompeuses: voir *Hedley Byrne*, précité, à la p. 486, lord Reid; *Hodgins c. Hydro-Electric Commission*, précité, aux pp. 506 à 509, le juge Ritchie au nom de notre Cour à la majorité; *H.B. Nickerson & Sons c. Wooldridge*, précité, aux pp. 135 et 136; J. G. Fleming, *The Law of Torts* (7^e éd. 1987), aux pp. 96 à 104 et 614; *Linden*, *op. cit.*, aux pp. 129 à 146; et *Klar*, *op. cit.*, aux pp. 159 et 160. Le professeur Klar donne un aperçu utile de la question (à la p. 160):

[TRADUCTION] Un conseiller ne garantit pas l'exactitude de la déclaration qui est faite, mais il est uniquement tenu de faire preuve d'une diligence raisonnable à cet égard. Comme c'est le cas pour la norme de diligence applicable en matière de négligence en général, il

stances of the case. Taking into account the nature of the occasion, the purpose for which the statement was made, the foreseeable use of the statement, the probable damage which will result from an inaccurate statement, the status of the advisor and the level of competence generally observed by others similarly placed, the trier of fact will determine whether the advisor was negligent.

In my opinion, the trial judge did not depart from the applicable standard of care in rendering his decision. He found that, "in all the circumstances", the misrepresentations made by the respondent's representative were negligently made. Unlike the Court of Appeal, I find no reason to interfere with his careful and considered finding on this point.

As I see it, the Court of Appeal erred in two important respects when it interfered with White J.'s finding of negligence. First, it mischaracterized his reasons on the negligence issue. Finlayson J.A. said the following (at p. 187):

The trial judge found that [Mr. Johnston] had a duty to go further and to point out the details of the internal decision-making process at Cognos and stress that that process had not been completed. In other words, his own *bona fide* belief as a knowledgeable executive that the program was going forward was not sufficient. He had to divulge to all of the applicants that he interviewed the precise status of the corporate commitment to the development of the new product so that they could make their own assessment of the viability of the project.

In my opinion, this casts the duty too high. It suggests that at least a quasi-fiduciary relationship existed between corporation and job applicant, giving rise to a duty to make full disclosure.

Unlike Finlayson J.A., I do not read the trial judge's reasons as suggesting that the respondent and its representative had a duty to make "full disclosure" in the sense described above, and that the respondent was liable for a failure to meet this duty. Rather, I read his reasons as suggesting that, in all the circumstances of this case, Mr. Johnston

s'agit d'une question de fait qui dépend des circonstances de l'affaire. Compte tenu de la nature de l'occasion, du but dans lequel la déclaration a été faite, de l'utilisation prévisible de la déclaration, du préjudice probable qu'occasionnera une déclaration inexacte, du statut du conseiller et du degré de compétence dont font généralement preuve les autres personnes dans une situation similaire, le juge des faits déterminera si le conseiller a été négligent.

À mon avis, le juge de première instance ne s'est pas écarté de la norme de diligence applicable en rendant sa décision. Il a conclu que [TRADUCTION] «compte tenu de toutes les circonstances», le représentant de l'intimée a fait les déclarations inexactes par négligence. Contrairement à la Cour d'appel, je ne vois rien qui me permette de modifier la conclusion minutieuse et réfléchie qu'il a tirée sur ce point.

À mon avis, la Cour d'appel a commis deux erreurs importantes lorsqu'elle a modifié la conclusion de négligence tirée par le juge White. En premier lieu, elle a mal décrit ses motifs en ce qui concerne la question de la négligence. Le juge Finlayson a dit (à la p. 187):

[TRADUCTION] Le juge de première instance a conclu que [M. Johnston] était tenu de faire davantage, de signaler les particularités de la procédure interne de prise de décision au sein de Cognos et de souligner que cette procédure n'était pas terminée. En d'autres termes, le fait que, en sa qualité de dirigeant bien informé, il croyait réellement que le programme serait mis en œuvre n'était pas suffisant. Il devait informer tous les candidats qu'il rencontrait de la situation exacte relativement à l'engagement pris par la société à l'égard du développement du nouveau produit, de façon que ceux-ci puissent évaluer eux-mêmes la viabilité du projet.

À mon avis, il en résulte une obligation trop lourde. Cela laisse entendre qu'une relation quasi fiduciaire au moins existait entre la société et le candidat, d'où l'obligation de faire une divulgation complète.

Contrairement au juge Finlayson, je n'interprète pas les motifs du juge de première instance comme laissant entendre que l'intimée et son représentant étaient tenus de faire une «divulgation complète» au sens décrit ci-dessus, et que l'intimée devait répondre de l'omission de respecter cette obligation. J'interprète plutôt ses motifs comme donnant

breached a duty to exercise reasonable care by, *inter alia*, representing the employment opportunity in the way he did without, at the same time, informing the appellant about the precarious nature of the respondent's financial commitment to the development of Multiview. In reality, the trial judge did not impose a duty to make full disclosure on the respondent and its representative. He simply imposed a duty of care, the respect of which required, among other things and in the circumstances of this case, that the appellant be given highly relevant information about the nature and existence of the employment opportunity for which he had applied.

There are many reported cases in which a failure to divulge highly relevant information is a pertinent consideration in determining whether a misrepresentation was negligently made: see, for example, *Fine's Flowers Ltd. v. General Accident Assurance Co.* (1974), 5 O.R. (2d) 137 (H.C.), at p. 147, aff'd (1977), 17 O.R. (2d) 529 (C.A.); *Grenier v. Timmins Board of Education*, *supra*; *H.B. Nickerson & Sons v. Wooldridge*, *supra*; *Hendrick v. De Marsh* (1984), 45 O.R. (2d) 463 (H.C.), aff'd on other grounds (1986), 54 O.R. (2d) 185 (C.A.); *Steer v. Aerovox*, *supra*; *W. B. Anderson & Sons Ltd. v. Rhodes (Liverpool), Ltd.*, [1967] 2 All E.R. 850 (Liverpool Assizes); and *V.K. Mason Construction*, *supra*. In the last case, Wilson J. said the following speaking for this Court (at p. 284):

The statement was negligent because it was made without revealing that the Bank was giving an assurance based solely on a loan arrangement which Mason had already said was insufficient assurance to it of the existence of adequate financing.

In so doing, these cases and the trial judgment in the case at bar are not applying a standard of *uberrima fides* to the transactions involved therein. Quite frankly, this notion is irrelevant to a determination of whether the representor has breached a common law duty of care in tort. These decisions simply reflect the applicable law by taking into account all relevant circumstances in deciding

à entendre que, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, M. Johnston a violé l'obligation de faire preuve d'une diligence raisonnable, notamment en décrivant la perspective d'emploi comme il l'a fait, sans en même temps informer l'appelant de la nature précaire de l'engagement financier pris par l'intimée à l'égard du développement de Multiview. En réalité, le juge de première instance n'a pas imposé à l'intimée et à son représentant l'obligation de faire une divulgation complète. Il a simplement imposé une obligation de diligence qui, pour être respectée, exigeait en l'occurrence, entre autres choses, qu'on fournisse à l'appelant des renseignements très pertinents au sujet de la nature et de l'existence de l'emploi auquel il s'était porté candidat.

Il existe de nombreux arrêts dans lesquels l'omission de divulguer des renseignements très pertinents a été prise en considération lorsqu'il s'est agi de déterminer si une déclaration inexacte avait été faite par négligence: voir, par exemple, *Fine's Flowers Ltd. c. General Accident Assurance Co.* (1974), 5 O.R. (2d) 137 (H.C.), à la p. 147, conf. par (1977), 17 O.R. (2d) 529 (C.A.); *Grenier c. Timmins Board of Education*, précité; *H.B. Nickerson & Sons c. Wooldridge*, précité; *Hendrick c. De Marsh* (1984), 45 O.R. (2d) 463 (H.C.) conf. pour d'autres motifs par (1986), 54 O.R. (2d) 185 (C.A.); *Steer c. Aerovox*, précité; *W. B. Anderson & Sons Ltd. c. Rhodes (Liverpool), Ltd.*, [1967] 2 All E.R. 850 (Liverpool Assizes); et *V.K. Mason Construction*, précité. Dans ce dernier arrêt, le juge Wilson, qui parlait au nom de notre Cour, a dit (à la p. 284):

La déclaration a été faite avec négligence parce que la Banque n'a pas révélé qu'elle donnait cette assurance en fonction des seules conditions du prêt que Mason avait déjà considérées comme une garantie insuffisante de l'existence d'un financement adéquat.

Ce faisant, ces arrêts et le jugement rendu en première instance en l'espèce n'appliquent pas la norme de l'*uberrima fides* aux opérations en cause. À vrai dire, cette notion n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si l'auteur de la déclaration a violé l'obligation de diligence en matière délictuelle qui existe en common law. Ces décisions traduisent simplement le droit applicable en

whether the representor's conduct was negligent. In some cases, this includes the failure to divulge highly pertinent information.

The second error made by the Court of Appeal is that it substituted for the "higher" standard of care allegedly imposed by the trial judge, a standard well below the one required by law. Once again, it is worth repeating the final words of Finlayson J.A. on the negligence issue: "Johnston was not obliged to go farther than he did in describing the job prospects. What he said was truthful, he believed in it, that was enough" (p. 188). In essence, the Court of Appeal reduced a common law duty of care to a duty of common honesty. Undoubtedly, the latter duty existed in the case at bar, as it exists during any pre-contractual negotiations.

However, the duty of care owed by a representor to a representee, when there exists a "special relationship" within the meaning of *Hedley Byrne, supra*, is distinct in nature and scope from a duty to be honest and truthful. As was stated in *Hedley Byrne* by Lord Morris (at pp. 502-3):

Independently of contract, there may be circumstances where information is given or where advice is given which establishes a relationship which creates a duty not only to be honest but also to be careful.

In these circumstances, I think some duty towards the unnamed person, whoever it was, was owed by the bank. There was a duty of honesty. The great question, however, is whether there was a duty of care.

and by Lord Pearce (at p. 539):

There is also, in my opinion, a duty of care created by special relationships which, though not fiduciary, give rise to an assumption that care as well as honesty is demanded.

tenant compte de toutes les circonstances pertinentes lorsqu'il s'agit de déterminer si l'auteur de la déclaration a agi d'une manière négligente. Dans certains cas, cela comprend l'omission de divulguer des renseignements très pertinents.

En second lieu, la Cour d'appel a commis une erreur en remplaçant la norme de diligence «plus élevée» que le juge de première instance avait apparemment imposée par une norme bien inférieure à celle requise par la loi. Ici encore, il vaut la peine de répéter les remarques finales que le juge Finlayson a faites au sujet de la question de la négligence: [TRADUCTION] «M. Johnston n'était pas tenu de faire davantage que ce qu'il a fait en décrivant les perspectives d'emploi. Ce qu'il a dit était vrai, il y croyait, et cela suffisait» (à la p. 188). Essentiellement, la Cour d'appel a assimilé l'obligation de diligence existant en common law à une obligation d'honnêteté ordinaire. Cette dernière obligation existait sans aucun doute en l'espèce, comme elle existe dans le cadre de toute négociation préalable à la passation d'un contrat.

Toutefois, l'obligation de diligence que l'auteur de la déclaration a envers le destinataire lorsqu'il existe un «lien spécial» au sens de l'arrêt *Hedley Byrne, précité*, est distincte, quant à sa nature et à son étendue, de l'obligation d'être honnête et sincère. Comme lord Morris l'a déclaré dans l'arrêt *Hedley Byrne* (aux pp. 502 et 503):

[TRADUCTION] Indépendamment du contrat, il peut y avoir des cas dans lesquels on fournit des renseignements ou des conseils qui établissent un lien créant l'obligation d'être non seulement honnête, mais également diligent.

En pareil cas, je crois que la banque avait une certaine obligation envers la personne non désignée, quelle qu'elle soit. Elle était tenue de faire preuve d'honnêteté. Toutefois, il s'agit principalement de savoir s'il existait une obligation de diligence.

De son côté, lord Pearce a dit (à la p. 539):

[TRADUCTION] À mon avis, une obligation de diligence est également créée par des liens spéciaux qui, bien que de nature non fiduciaire, laissent supposer qu'il faut faire preuve aussi bien de diligence que d'honnêteté.

See also *Hayward v. Mellick* (1984), 45 O.R. (2d) 110 (C.A.), and *Carman Construction, supra*, at p. 973.

A duty of care with respect to representations made during pre-contractual negotiations is over and above a duty to be honest in making those representations. It requires not just that the representor be truthful and honest in his or her representations. It also requires that the representor exercise such reasonable care as the circumstances require to ensure that the representations made are accurate and not misleading.

Although the representor's subjective belief in the accuracy of the representations and his moral blameworthiness, or lack thereof, are highly relevant when considering whether or not a misrepresentation was fraudulently made, they serve little, if any, purpose in an inquiry into negligence. As noted above, the applicable standard of care is that of the objective reasonable person. The representor's belief in the truth of his or her representations is irrelevant to that standard of care. The position adopted by the Court of Appeal seems to absolve those who make negligent misrepresentations from liability if they believe that their representations are true. Such a position would virtually eliminate liability for negligent misrepresentation as liability would result only where there is actual knowledge that the representation made is not true; the basis of fraudulent misrepresentation. In essence, the Court of Appeal has returned to the pre-*Hedley Byrne* state of law where a misrepresentation had to be accompanied by moral blameworthiness in order to support an action in tort for damages: see, in this respect, my discussion in *BG Checo, supra*, of the context in which *Hedley Byrne* was decided. The question facing the trial judge on the negligence issue was not whether Mr. Johnston was truthful or believed in what he was representing to the appellant. The question was whether he exercised such reasonable care as

Voir également l'arrêt *Hayward c. Mellick* (1984), 45 O.R. (2d) 110 (C.A.), et l'arrêt *Carman Construction, précité*, à la p. 973.

^a L'obligation de diligence qui s'applique aux déclarations faites pendant les négociations préalables à la passation d'un contrat est plus lourde que l'obligation selon laquelle il faut se montrer honnête en faisant ces déclarations. L'auteur de la déclaration doit non seulement être sincère et honnête, mais il doit également faire preuve de la diligence raisonnable requise par les circonstances, de façon à ce que ses déclarations soient exactes et non trompeuses.

La croyance subjective de l'auteur quant à l'exactitude de ses déclarations et le fait de savoir s'il est moralement responsable ou non sont fort pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer si une déclaration inexacte a été faite d'une manière frauduleuse, mais cela ne sert pas à grand-chose, pour ne pas dire à rien, lorsqu'il est question de négligence. Comme je l'ai fait remarquer précédemment, la norme de diligence applicable est celle de la personne raisonnable objective. Le fait que l'auteur croit à la véracité de ses déclarations n'entre pas en ligne de compte en ce qui concerne la norme de diligence. La Cour d'appel semble vouloir libérer de toute responsabilité les personnes qui font des déclarations inexactes par négligence si ces dernières croient que leurs déclarations sont véridiques. Cette position éliminerait presque toute responsabilité dans le cas d'une déclaration inexacte faite par négligence, puisqu'il n'y aurait responsabilité que lorsque l'auteur sait pertinemment que sa déclaration n'est pas véridique, ce qui est le fondement de la déclaration inexacte et frauduleuse. Essentiellement, la Cour d'appel est revenue au droit, tel qu'il existait avant l'arrêt *Hedley Byrne*, selon lequel la responsabilité morale devait s'ajouter à la déclaration inexacte pour qu'une action en responsabilité délictuelle pour dommages-intérêts ait gain de cause: voir, à cet égard, l'examen que j'ai fait dans l'arrêt *BG Checo, précité*, au sujet du contexte dans lequel l'affaire *Hedley Byrne* a été tranchée. La question qui se posait devant le juge de première instance, en ce qui concerne la négligence, n'était pas de savoir si

the circumstances required so as to ensure the accuracy of his representations.

The trial judge found that the respondent's representative had acted negligently in making the misrepresentations to the appellant about the nature and existence of the employment opportunity and, in particular, the extent of the respondent's commitment to the Multiview project. He found that Mr. Johnston was aware, based upon his expertise in the field of computer development, that until there was a feasibility study in which cost estimates had been submitted, considered, and approved by senior management, one could not say that the respondent had made a firm commitment to the project as Mr. Johnston envisaged it and as he described it to the appellant in the interview.

As noted above, the trial judge also made the following important findings: Mr. Johnston knew, or ought to have known, that the truth of his representations depended on the approval by the corporate management team of the cost estimates he had prepared for the research and development of the Multiview project; it is reasonable to infer that Mr. Johnston, at the time of the interview, contemplated that the budgetary needs for the Multiview project would be substantial and that approval was at best speculative; Mr. Johnston must have been aware of the continued poor sales performance of the Multiview product line; Mr. Johnston did not disclose to the appellant that senior management had not yet given the financial commitment required to make the plans for the Multiview project a probable reality; Mr. Johnston's expertise in the computer development field should have made him aware that, notwithstanding his conversations with senior management and the meeting of December 21, 1982, there was still a considerable risk that senior management would not give budgetary approval to his plans; Mr. Johnston knew that the appellant was relying on the information he was providing during the interview; Mr. Johnston knew that the appellant had a secure, responsible,

M. Johnston était sincère ou s'il croyait en ce qu'il disait à l'appelant. Il s'agissait de savoir s'il avait fait preuve de la diligence raisonnable requise par les circonstances, de façon à s'assurer de l'exactitude de ses déclarations.

Le juge de première instance a conclu que le représentant de l'intimée a agi d'une manière négligente en faisant à l'appelant des déclarations inexactes au sujet de la nature et de l'existence de l'emploi et, en particulier, de l'étendue de l'engagement pris par l'intimée à l'égard du projet Multiview. Il a conclu que M. Johnston savait, vu son expertise dans le domaine de la création informatique, que tant qu'il n'y avait pas eu d'étude de faisabilité dans laquelle l'estimation des coûts a été soumise à la haute direction et examinée et approuvée par celle-ci, il était impossible de dire que l'intimée a pris un engagement ferme à l'égard du projet, tel que M. Johnston l'envisageait et tel qu'il l'a décrit à l'appelant pendant l'entrevue.

Comme je l'ai déjà fait remarquer, le juge de première instance a également tiré ces conclusions importantes: M. Johnston savait, ou aurait dû savoir, que l'exactitude de ses déclarations dépendait de l'approbation, par l'équipe de gestion d'entreprise, de l'estimation des coûts qu'il avait préparée en matière de recherche et développement pour le projet Multiview; il est raisonnable de déduire que M. Johnston prévoyait, au moment de l'entrevue, que les besoins budgétaires pour le projet Multiview seraient importants, et que l'approbation était, au mieux, fondée sur des conjectures; M. Johnston devait être au courant du piètre rendement constant des ventes de la ligne de produits Multiview; M. Johnston n'a pas révélé à l'appelant que la haute direction n'avait pas encore pris l'engagement financier requis pour que les plans relatifs au projet Multiview deviennent une réalité probable; l'expertise de M. Johnston dans le domaine de la création informatique aurait dû lui permettre de savoir que, malgré les conversations qu'il avait eues avec des hauts dirigeants et malgré la réunion du 21 décembre 1982, il était encore fort probable que la haute direction ne donne pas l'approbation budgétaire requise; M. Johnston savait que l'appelant se fiait aux renseignements qu'il avait fournis

and well-paying position as a chartered accountant in Calgary and that coming to Ottawa would involve moving himself and his family across the country; and Mr. Johnston was aware that the appellant was relying on the position with Cognos to enhance significantly his career as an accountant.

These findings are fully supported by the evidence adduced at trial. I see no reason to interfere with the trial judge's conclusion that the misrepresentations made to the appellant were, in all the circumstances, "negligent misrepresentations". Under the standard of care described above, Mr. Johnston failed to exercise such reasonable care as the circumstances required him to in making the representations he did during the interview. Particularly, he should not have led the appellant to believe that the Multiview project as described during the interview was a reality when, in fact, he knew very well that the most important factor to the existence of the project, as he was describing it, was financial support by the respondent.

Before this Court, the respondent made extensive reference to the evidence adduced at trial to indicate that it did, in reality, plan to develop Multiview and to make it a profitable project. While it seems to be true that Cognos was "committed" to the project at the end of 1982 and in early 1983, it was not committed in the most crucial respect, namely funding. As found by the trial judge, the impression given during the interview was not consistent with the fundamental reality that funding for the project was not yet approved.

In the end, I am unable to find any ground for interfering with White J.'s finding of negligence. There was, in the circumstances of this case, a breach of the duty of care owed to the appellant. In light of this conclusion, it is unnecessary to determine whether, as argued by the appellant, other members of the respondent such as senior manage-

pendant l'entrevue; M. Johnston savait que l'appellant occupait, à Calgary, un poste de responsabilité, un emploi sûr et rémunérateur, à titre de comptable agréé et que, pour venir travailler à Ottawa, il devait s'installer avec sa famille à l'autre bout du pays; et M. Johnston savait que l'appellant comptait sur le poste qu'il occuperait auprès de Cognos pour enrichir énormément sa carrière de comptable.

Ces conclusions sont pleinement étayées par la preuve présentée en première instance. Je ne vois aucune raison de modifier la conclusion du juge de première instance, à savoir que les déclarations inexactes faites à l'appellant avaient, compte tenu de toutes les circonstances, été faites «par négligence». Selon la norme de diligence décrite précédemment, M. Johnston a omis de faire preuve de la diligence raisonnable requise par les circonstances en faisant les déclarations qu'il a faites pendant l'entrevue. En particulier, il n'aurait pas dû faire croire à l'appellant que le projet Multiview, tel que décrit pendant l'entrevue, était une réalité alors que, en fait, il savait fort bien que l'élément le plus important en vue de la réalisation du projet, tel qu'il le décrivait, était l'appui financier de l'intimée.

Devant notre Cour, l'intimée a longuement fait mention de la preuve présentée en première instance pour indiquer qu'en réalité elle envisageait de développer Multiview et d'en faire un projet rentable. Il semble vrai que Cognos avait «pris un engagement» à l'égard du projet à la fin de 1982 et au début de 1983, mais elle n'avait pas pris d'engagement à l'égard du point le plus crucial, c'est-à-dire le financement. Comme le juge de première instance l'a conclu, l'impression donnée pendant l'entrevue n'était pas compatible avec la réalité fondamentale que le financement du projet n'avait pas encore été approuvé.

En fin de compte, je ne puis trouver aucun motif me permettant de modifier la conclusion de négligence tirée par le juge White. Compte tenu des circonstances de l'espèce, il y a eu violation de l'obligation de diligence qui existait envers l'appellant. Cela étant, il est inutile de déterminer si, comme le soutient l'appellant, d'autres membres de l'intimée,

ment were negligent on the facts of this case. Mr. Johnston's conduct during the interview is sufficient to support a finding of liability against the respondent.

(3) The Nature of the Misrepresentations

The respondent takes the alternate position that, even accepting the trial judge's findings of misrepresentations and of negligence, the appellant's action must fail because the representations relied on are not actionable under the *Hedley Byrne* doctrine. In this respect, the respondent argues that the representations depend on inferences or implications, rather than on direct statements, and also relate to a future expectation. The appellant makes no submissions on this point. It is unclear whether this submission of the respondent was advanced prior to the appeal to this Court. If so, it has received very little attention by the courts below. There is only a brief discussion, and rejection, of the "future expectation" aspect of the argument in the trial judge's reasons and the Court of Appeal makes no reference whatsoever to this submission.

In my view, the respondent's alternate position cannot succeed in the circumstances of this case. First of all, I reject as incorrect the suggestion that the representations in question relate solely to future events or expectations. I reproduce again, for convenience, a passage from White J.'s judgment in which he finds, as a fact, that misrepresentations were made to the appellant in the hiring interview (at pp. 415-16):

The effect of these misrepresentations was that the [appellant] would have a position in the research and development of the product "Multiview"; that that position would be a significant one and would involve his expertise as an accountant; that he would perform the responsible role of seeing to proper accounting standards being implemented into the product; that beyond the three modules immediately in contemplation were a minimum of four other modules; and that the project of

comme les hauts dirigeants, ont été négligents selon les faits de l'espèce. La conduite de M. Johnston pendant l'entrevue suffit pour appuyer une conclusion de responsabilité de l'intimée.

(3) La nature des déclarations inexactes

L'intimée soutient subsidiairement que, même si l'on retient les conclusions du juge de première instance à l'égard des déclarations inexactes et de la négligence, l'action intentée par l'appelant doit être rejetée parce que les déclarations auxquelles il s'est fié ne donnent pas droit à une poursuite en vertu de la doctrine énoncée dans l'arrêt *Hedley Byrne*. À cet égard, l'intimée fait valoir qu'il s'agit de déductions ou de suppositions plutôt que de déclarations directes, lesquelles se rapportent en outre à une attente future. L'appelant n'invoque aucun argument sur ce point. D'autre part, il n'est pas clair que cet argument de l'intimée ait été avancé avant l'appel devant notre Cour. Si c'est le cas, les tribunaux d'instance inférieure y ont accordé très peu d'importance. Dans ses motifs, le juge de première instance s'est contenté d'examiner brièvement, et de rejeter, la partie de l'argument concernant l'«attente future»; de son côté, la Cour d'appel ne fait absolument pas mention de cet argument.

À mon avis, l'argument subsidiaire de l'intimée ne peut pas être retenu compte tenu des circonstances de l'espèce. Premièrement, je rejette comme inexacte la prétention selon laquelle les déclarations en question visent uniquement des attentes ou des événements futurs. Pour plus de commodité, je reproduis ici encore un passage du jugement dans lequel le juge White tient pour avéré que des déclarations inexactes ont été faites à l'appelant pendant l'entrevue d'embauchage (aux pp. 415 et 416)

[TRADUCTION] Selon ces déclarations inexactes, [l'appelant] occuperait un poste en recherche et développement pour le produit «Multiview»; ce poste serait un poste d'importance et ferait appel à son expertise à titre de comptable; [l'appelant] serait chargé de veiller à ce que les normes comptables pertinentes soient appliquées relativement au produit; en plus des trois modules immédiatement envisagés, il y aurait au moins quatre autres modules; le projet «Multiview» dans le cadre

“Multiview”, in connection with which [the appellant] would be hired would last a minimum of two years. I find further that Mr. Johnston implicitly represented that management had made a firm budgetary commitment to the development of four other modules in addition to those then presently under development.

Obviously, some aspects of the misrepresentations made to the appellant about the employment opportunity were, by their very nature, matters *in futuro*. Statements about the appellant’s involvement with the respondent and his responsibilities should he be offered a position are representations that relate to future conduct and events. There are authorities supporting the view that only representations of existing facts, and not those relating to future occurrences, can give rise to actionable negligence: see, for example, *Williams v. School District No. 63 (Saanich)* (B.C.S.C.), *supra*; *Datile Financial Corp. v. Royal Trust Corp. of Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 358 (Gen. Div.); *Foster Advertising Ltd. v. Keenberg* (1987), 38 C.C.L.T. 309 (Man. C.A.); and *Andronyk v. Williams* (1985), 35 C.C.L.T. 38 (Man. C.A.).

However, assuming without deciding that this view of the law is correct, the representations most relevant to the appellant’s action are not those relating to his future involvement and responsibilities with Cognos, but those relating to the very existence of the job for which he had applied. That is a matter of existing fact. It was implicitly represented that the job applied for did in fact, at the time of the interview, exist in the manner described by Mr. Johnston. As found by the trial judge, however, such was not the case. The employment opportunity described to the appellant was not, at the time of the interview, a *fait accompli* for the respondent. Clearly, this misrepresentation relates to facts presumed to have existed at the time of the interview: the respondent’s financial commitment to the development of Multiview and the existence of the employment opportunity offered. It is not a “remark by a defendant concerning the outcome of a future event” (*Williams v. School District No. 63 (Saanich)* (B.C.S.C.), *supra*, at p. 240), a “representation . . . as to future

duquel [l’appellant] serait embauché durerait au moins deux ans. Je conclus en outre que M. Johnston a implicitement déclaré que la direction avait pris un engagement budgétaire ferme à l’égard de la mise au point de quatre autres modules, en plus de ceux qu’on était en train de mettre au point.

De toute évidence, certains aspects des déclarations inexactes faites à l’appellant au sujet de l’emploi se rapportaient, par leur nature même, à l’avenir. Les déclarations relatives à la participation de l’appellant à l’entreprise de l’intimée et à ses responsabilités, si jamais on lui offrait un poste, se rapportent à une conduite et à des événements futurs. Certains arrêts appuient le point de vue voulant que seules des déclarations concernant des faits existants, par opposition à des événements futurs, puissent donner lieu à une négligence donnant droit à une poursuite: voir, par exemple, *Williams c. School District No. 63 (Saanich)* (C.S.C.-B.), précité; *Datile Financial Corp. c. Royal Trust Corp. of Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 358 (Div. gén.); *Foster Advertising Ltd. c. Keenberg* (1987), 38 C.C.L.T. 309 (C.A. Man.); et *Andronyk c. Williams* (1985), 35 C.C.L.T. 38 (C.A. Man.).

Toutefois, à supposer, sans en décider, que cette conception du droit soit exacte, les déclarations les plus pertinentes en l’espèce ne sont pas celles qui ont trait à la participation et aux responsabilités futures de l’appellant au sein de Cognos, mais celles qui ont trait à l’existence même de l’emploi auquel il s’est porté candidat. Il s’agit d’une question se rapportant à un fait existant. Il a implicitement été déclaré que l’emploi en question existait réellement au moment de l’entrevue, et ce, de la manière décrite par M. Johnston. Toutefois, comme le juge de première instance l’a conclu, tel n’était pas le cas. La perspective d’emploi décrite à l’appellant n’était pas, au moment de l’entrevue, un fait accompli pour l’intimée. De toute évidence, la déclaration inexacte se rapporte à des faits qui sont réputés avoir existé au moment de l’entrevue, soit l’engagement financier de l’intimée à l’égard du développement de Multiview et l’existence de la perspective d’emploi offerte. Il ne s’agit pas d’une [TRADUCTION] «remarque faite par un défendeur au sujet de l’aboutissement d’un événement futur»

occurrences” (*Datile Financial Corp. v. Royal Trust, supra*, at p. 379), a “statement of intention or forecast of the future” (*Foster Advertising Ltd. v. Keenberg, supra*, at p. 325), or “forecasting” (*Andronyk v. Williams, supra*, at p. 57).

The other aspect of the respondent’s argument is that representations which depend on implications or inferences cannot give rise to actionable negligence under the *Hedley Byrne* doctrine. Again, I reject this submission. However, on this issue, I prefer, for obvious reasons, to challenge the principle advanced by the respondent rather than simply reject its application to the facts of this case.

In my view, there is no compelling reason in principle, authority, or policy for the proposition that, as a general rule, an implied representation cannot under any circumstance give rise to actionable negligence. The only authority offered by the respondent is the decision of the New South Wales Court of Appeal in *Minister Administering the Environmental Planning and Assessment Act, 1979 v. San Sebastian Pty. Ltd.*, [1983] 2 N.S.W.L.R. 268, aff’d on other grounds (1986), 68 A.L.R. 161 (H.C.), applied by Southin J.A. of the British Columbia Court of Appeal, in dissent, in *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority* (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 145. The reasons of Mahoney and Hutley J.J.A. in the former case appear indeed to support the proposition that nothing less than an express, or tantamount to an express, representation can suffice under the *Hedley Byrne* doctrine. It is not without significance, however, that the High Court of Australia in dismissing a subsequent appeal on different grounds expressly refrained from making any comments on this issue. Rather, the majority of the Court preferred to base its judgment, *inter alia*, on the fact that no misrepresentations, whether “express or implied”, had been made. In other words, the High Court found nothing mis-

(*Williams c. School District No. 63 (Saanich)* (C.S.C.-B.), précité, à la p. 240), d’une [TRADUCTION] «déclaration au sujet d’événements futurs» (*Datile Financial Corp. c. Royal Trust*, précité, à la p. 379), d’une [TRADUCTION] «déclaration d’intention ou d’une prévision de l’avenir» (*Foster Advertising Ltd. c. Keenberg*, précité, à la p. 325), ou d’une [TRADUCTION] «prévision» (*Andronyk c. Williams*, précité, à la p. 57).

L’autre aspect de l’argument de l’intimée est que les déclarations qui dépendent de déductions ou de suppositions ne peuvent pas donner lieu à une négligence donnant droit à une poursuite, en vertu de la doctrine énoncée dans l’arrêt *Hedley Byrne*. Ici encore, je rejette cet argument. Toutefois, à cet égard, je préfère, pour des motifs évidents, contester le principe avancé par l’intimée plutôt que simplement refuser de l’appliquer aux faits de l’espèce.

À mon avis, il n’existe aucun motif impérieux fondé sur un principe, un arrêt ou une politique à l’appui de la proposition selon laquelle, en règle générale, une déclaration implicite ne peut en aucun cas donner lieu à une négligence ouvrant droit à une poursuite. L’intimée a uniquement cité l’arrêt de la Cour d’appel de la Nouvelle-Galles du Sud *Minister Administering the Environmental Planning and Assessment Act, 1979 c. San Sebastian Pty. Ltd.*, [1983] 2 N.S.W.L.R. 268, conf. pour d’autres motifs par (1986), 68 A.L.R. 161 (H.C.), appliqué en dissidence par le juge Southin de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, dans l’arrêt *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority* (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 145. Les motifs prononcés par les juges Mahoney et Hutley dans la première affaire semblent de fait étayer la proposition selon laquelle il faut au moins qu’une déclaration expresse, ou qu’une déclaration équivalant à une déclaration expresse, ait été faite, selon la doctrine énoncée dans l’arrêt *Hedley Byrne*. Toutefois, il importe de noter qu’en rejetant un appel subséquent pour des motifs différents, la High Court d’Australie s’est expressément abstenue de faire quelque remarque que ce soit sur ce point. La cour à la majorité a préféré fonder son jugement, entre

leading or inaccurate in what was represented, regardless of how the representation was characterized.

On the other hand, there is considerable authority for the more flexible view that, in appropriate circumstances, implied misrepresentations can, and often do, give rise to actionable negligence: see, for example, *Banque Financière de la Cité SA v. Westgate Insurance Co.*, [1989] 2 All E.R. 952 (C.A.), at p. 1000, aff'd on other grounds [1990] 2 All E.R. 947 (H.L.); *Datile Financial Corp. v. Royal Trust*, *supra*, at p. 379; *Hendrick v. De Marsh* (Ont. H.C.), *supra*; *Steer v. Aerovox*, *supra*; and *Doherty v. Allen* (1988), 55 D.L.R. (4th) 746 (N.B.C.A.).

In my opinion, a flexible approach to this issue is preferable. It is arbitrary and premature to declare as a general rule that nothing less than express or direct representations can succeed under the *Hedley Byrne* doctrine. Undoubtedly, there will be cases such as the present one where the surrounding circumstances are such that it makes little difference, if any, how one characterizes the manner in which the representation is made, and where it would be unjust to deny recovery simply because the representation relied on is said to be implied rather than express. It is unnecessary for me to set out in detail the circumstances in which so-called implied representations can be enough to sustain an action in tort for negligent misrepresentation. I prefer leaving this task to trial judges dealing with specific factual situations. Suffice it to say that the case at bar falls well within this category.

There was a considerable number of express representations made by Mr. Johnston during the interview which point directly towards the existence of the Multiview project and the nature of the respondent's commitment thereto. The implied misrepresentation found by the trial judge is not only reasonable in the surrounding circumstances, but it is also perhaps the only inference that could

autres, sur le fait qu'aucune déclaration inexacte, [TRADUCTION] «expresse ou implicite», n'avait été faite. En d'autres termes, la High Court n'a rien constaté de trompeur ou d'inexact dans la déclaration, quelle que soit la manière dont elle a été qualifiée.

Par ailleurs, de nombreux arrêts viennent appuyer l'opinion plus large selon laquelle, dans des circonstances appropriées, des déclarations inexactes implicites peuvent donner lieu à une négligence donnant droit à une poursuite et y donnent souvent lieu: voir, par exemple, *Banque Financière de la Cité SA c. Westgate Insurance Co.*, [1989] 2 All E.R. 952 (C.A.), à la p. 1000, conf. pour d'autres motifs par [1990] 2 All E.R. 947 (H.L.); *Datile Financial Corp. c. Royal Trust*, précité, à la p. 379; *Hendrick c. De Marsh* (H.C. Ont.), précité; *Steer c. Aerovox*, précité; et *Doherty c. Allen* (1988), 55 D.L.R. (4th) 746 (C.A.N.-B.).

À mon avis, il est préférable d'adopter une attitude plus souple à cet égard. Il est arbitraire et prématuré de déclarer qu'en règle générale il faut au moins une déclaration expresse ou directe, selon la doctrine énoncée dans l'arrêt *Hedley Byrne*. Il y a sans doute des cas comme celui-ci où les circonstances sont telles que la façon de qualifier la déclaration importe peu, ou n'importe pas du tout, et où il serait injuste de refuser un redressement simplement parce que la déclaration sur laquelle on s'appuie est jugée implicite plutôt qu'expresse. Il est inutile d'énoncer en détail les circonstances dans lesquelles des déclarations dites implicites peuvent suffire pour soutenir une action en responsabilité délictuelle fondée sur une déclaration inexacte faite par négligence. Je préfère laisser cette tâche au juge des faits, qui examine des situations de fait précises. Il suffit de dire que l'affaire qui nous occupe fait partie de cette catégorie.

Pendant l'entrevue, M. Johnston a fait un nombre considérable de déclarations expresses qui établissent directement l'existence du projet Multiview et la nature de l'engagement pris par l'intimée à cet égard. La conclusion d'existence d'une déclaration inexacte implicite tirée par le juge de première instance est non seulement raisonnable, selon les circonstances, mais il s'agit

be drawn from the direct representations made to the appellant during the interview. A reasonable person placed in the appellant's position would, without a doubt, have drawn the same inference from what was being said that the appellant and trial judge did.

This is not a situation where many different and conflicting interpretations may reasonably be drawn from a series of direct representations and where the representee advances the implied meaning most favourable to recovery. This is a case where everything said and represented during the interview points to the same conclusion: the Multiview project as described by Mr. Johnston was a reality in that the respondent had given its financial support to its development. The appellant had a relatively secure and well paying job in Calgary and, as found by the trial judge, he would not have chosen to move across the country if he thought there was a substantial risk that the employment opportunity described to him would no longer exist, after his arrival in Ottawa. To a large extent, this risk was alleviated by the representations made during the interview. For these reasons, the fact that the representation in question falls short of being express should not, in the circumstances of this case, preclude the appellant from relying on the *Hedley Byrne* doctrine and from obtaining a remedy for the damages he suffered.

E. The Employment Agreement Signed Subsequent to the Negligent Misrepresentations

Thus far, I have stated that the courts below were correct in finding a "special relationship" between the parties as to give rise to a duty of care during the interview, and that the misrepresentations found by the trial judge were indeed made in a negligent manner in all the circumstances of the case. Again, there is no question in this appeal that the appellant reasonably relied, to his detriment, on these negligent misrepresentations. The only remaining issue is whether the employment agreement signed by the appellant more than two weeks after the interview affects, in any way, the above findings or the consequence that would normally

peut-être également de la seule déduction possible par suite des déclarations directes faites à l'appellant pendant l'entrevue. Une personne raisonnable se trouvant dans la situation de l'appellant aurait sans doute fait les mêmes déductions que ce dernier et le juge de première instance.

Il ne s'agit pas d'un cas dans lequel de nombreuses interprétations différentes et contradictoires peuvent raisonnablement être données à partir d'une série de déclarations directes, le destinataire de la déclaration préconisant le sens implicite le plus favorable au redressement. Il s'agit d'un cas où tout ce qui a été dit et déclaré pendant l'entrevue mène à la même conclusion: le projet Multiview décrit par M. Johnston était une réalité, en ce sens que l'intimée avait financièrement appuyé sa mise en œuvre. L'appellant exerçait un emploi relativement sûr et rémunérateur à Calgary et, comme le juge de première instance l'a conclu, il n'aurait pas choisi de s'installer à l'autre bout du pays s'il avait cru que la perspective d'emploi qui lui avait été décrite n'existerait probablement plus, après son arrivée à Ottawa. Dans une large mesure, ce risque a été atténué par les déclarations faites pendant l'entrevue. Pour ces motifs, le fait que la déclaration en question n'est pas expresse ne devrait pas, compte tenu des circonstances de l'espèce, empêcher l'appellant de s'appuyer sur la doctrine énoncée dans l'arrêt *Hedley Byrne* et d'obtenir un redressement pour le préjudice qu'il a subi.

E. Le contrat de travail signé après les déclarations inexactes

Jusqu'ici, j'ai dit que les tribunaux d'instance inférieure avaient eu raison de conclure à l'existence d'un «lien spécial» entre les parties, de façon à donner lieu à une obligation de diligence pendant l'entrevue, et que les déclarations inexactes constatées par le juge de première instance avaient de fait été faites d'une manière négligente, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce. Ici encore, il est certain que l'appellant s'est fié d'une manière raisonnable, à son détriment, à ces déclarations inexactes. Il reste uniquement à savoir si le contrat de travail signé par l'appellant plus de deux semaines après l'entrevue influe de quelque façon

follow therefrom, namely, liability of the respondent for the damages caused to the appellant.

Finlayson J.A. found that clauses 13 and 14 of the employment agreement constituted an adequate, albeit not express, “disclaimer of responsibility” for the representations made during the interview because these clauses contradicted or were inconsistent with those representations. The respondent adopts this conclusion, submitting that there is a clear inconsistency between the contract and the alleged misrepresentations and that this inconsistency is sufficient to constitute a disclaimer within the meaning of *Hedley Byrne, supra*. The respondent argues that the representation relied on by the appellant goes to the issue of job security and that the contract of employment specifically addresses, and contradicts, this issue in its provisions dealing with reassignment and termination of employment, “without cause”, on one month’s notice. Furthermore, the respondent relies on the decision of this Court in *J. Nunes Diamonds, supra*, for the proposition that the doctrine of *Hedley Byrne, supra*, “is inapplicable to any case where the relationship between the parties is governed by a contract, unless the negligence relied on can properly be considered as ‘an independent tort’ unconnected with the performance of that contract”. It is argued that the tort in question is not “independent” from the contract. Moreover, the respondent submits that the one-month termination clause in the contract amounts to a “limitation of liability clause” and that the appellant is attempting to circumvent this clause by its present action in tort, contrary to the decision of this Court in *Central Trust v. Rafuse, supra*. Finally, the respondent argues that the appellant’s conduct after his arrival at the company and his learning of the developments regarding the Multiview project amounts to an affirmation of his contract of employment.

For his part, the appellant submits that the tort at issue is “independent” of the employment agreement within the meaning of *J. Nunes Diamonds,*

sur les conclusions susmentionnées ou sur la conséquence qui en découlerait normalement, à savoir la responsabilité de l’intimée pour le préjudice causé à l’appelant.

Le juge Finlayson a conclu que les clauses 13 et 14 du contrat de travail constituaient une [TRADUCTION] «dénégation de responsabilité» adéquate, quoique non expresse, à l’égard des déclarations faites pendant l’entrevue, parce qu’elles contredisaient ces déclarations ou étaient incompatibles avec elles. L’intimée fait sienne cette conclusion et soutient qu’il y a clairement une contradiction entre le contrat et les déclarations inexacts alléguées et que cette contradiction est suffisante pour constituer une dénégation au sens de l’arrêt *Hedley Byrne*, précité. L’intimée soutient que la déclaration sur laquelle l’appelant s’est appuyé porte sur la question de la sécurité d’emploi et que cette question est expressément visée, et contredite, par les dispositions du contrat de travail concernant la réaffectation et le congédiement «sans motif» sur préavis d’un mois. En outre, l’intimée s’appuie sur l’arrêt *J. Nunes Diamonds*, précité, de notre Cour en ce qui concerne la proposition selon laquelle la doctrine énoncée dans l’arrêt *Hedley Byrne*, précité, «ne peut pas s’appliquer lorsque les relations entre les parties sont régies par un contrat, à moins qu’il soit possible de considérer que la négligence imputée constitue un délit civil indépendant n’ayant aucun rapport avec l’exécution du contrat». Or, allègue-t-on, le délit en question n’est pas «indépendant» du contrat. En outre, l’intimée soutient que la clause de congédiement sur préavis d’un mois figurant dans le contrat équivaut à une [TRADUCTION] «clause de limitation de responsabilité» et que l’appelant tente de se soustraire à cette clause par son action en responsabilité délictuelle, ce qui va à l’encontre de l’arrêt *Central Trust c. Rafuse*, précité, de notre Cour. Enfin, l’intimée prétend que la conduite de l’appelant après qu’il fut arrivé à la société et qu’il eut pris connaissance de la situation au sujet du projet Multiview équivaut à une confirmation de son contrat de travail.

De son côté, l’appelant fait valoir que le délit en cause est «indépendant» du contrat de travail au sens de l’arrêt *J. Nunes Diamonds*, précité, et qu’il

supra, and is not affected in any way by its provisions. In particular, it is submitted that clauses 13 and 14 of the employment contract do not amount to a valid disclaimer and have no bearing whatsoever on the respondent's liability in tort. In this respect, he argues that express contractual terms are required in order to negate an otherwise "independent" duty of care. Furthermore, the appellant claims he was simply attempting to mitigate his damages by staying with the respondent after the reassignments. According to him, any "affirmation" of the contract is irrelevant since the tort in issue is "independent" from the contract and because the damages crystallized at the moment he became aware of the misrepresentations.

As I see the matter, the specific employment agreement signed by the appellant is, in the circumstances of this case, irrelevant to his action for negligent misrepresentation. This contract falls within the third proposition suggested earlier in which a representee's claim for damages for a negligent pre-contractual misrepresentation is not affected, in any way, by the subsequent contract. I observed at p. 111 of these reasons that this appeal is clearly distinguishable from *BG Checo, supra*, in that the common law duty of care relied on by the appellant is not, unlike in *BG Checo*, co-extensive with a duty imposed on the respondent by an express term of the employment agreement. This conclusion, in effect, disposes of the respondent's argument based on *J. Nunes Diamonds, supra*.

Indeed, as I alluded to in *BG Checo*, the aspect of the judgment of the majority in *J. Nunes Diamonds, supra*, upon which the respondent relies (the passage found at pp. 777-78) was qualified by the unanimous judgment of this Court in *Central Trust v. Rafuse, supra*, recognizing concurrency between contract and tort as a general

n'est aucunement touché par ses dispositions. En particulier, il soutient que les clauses 13 et 14 du contrat de travail n'équivalent pas à une dénégation valide et n'influent aucunement sur la responsabilité délictuelle de l'intimée. À cet égard, l'appelant est d'avis que des conditions contractuelles expresses sont requises pour éteindre une obligation de diligence par ailleurs «indépendante». En outre, l'appelant affirme qu'il tentait simplement d'atténuer son préjudice en demeurant chez l'intimée après les réaffectations. Selon lui, toute «confirmation» du contrat n'est pas pertinente puisque le délit en question est «indépendant» du contrat et que le préjudice s'est cristallisé au moment où il a pris connaissance des déclarations inexactes.

À mon avis, le contrat de travail que l'appelant a signé n'a rien à voir, compte tenu des circonstances de l'espèce, avec l'action fondée sur une déclaration inexacte faite par négligence qu'il a intentée. Ce contrat est visé par la troisième proposition mentionnée ci-dessus, selon laquelle l'action en dommages-intérêts intentée par le destinataire par suite d'une déclaration inexacte faite par négligence avant la passation d'un contrat n'est aucunement touchée par le contrat subséquent. J'ai fait remarquer à la p. 111 des présents motifs que l'on peut facilement faire une distinction entre le présent pourvoi et le pourvoi *BG Checo*, précité, en ce sens que l'obligation de diligence existant en common law sur laquelle s'appuie l'appelant ne coïncide pas, contrairement à ce qui était le cas dans le pourvoi *BG Checo*, avec une obligation imposée à l'intimée par une condition expresse du contrat de travail. En fait, cette conclusion répond à l'argument de l'intimée fondé sur l'arrêt *J. Nunes Diamonds*, précité.

De fait, comme je l'ai mentionné dans l'arrêt *BG Checo*, l'aspect du jugement rendu par la majorité dans l'arrêt *J. Nunes Diamonds*, précité, sur lequel l'intimée s'appuie (le passage figurant aux pp. 777 et 778) a fait l'objet de certaines réserves dans l'arrêt unanime *Central Trust c. Rafuse*, précité, de notre Cour, celle-ci ayant reconnu que la concomitance entre la responsabilité en matière contractuelle et délictuelle est en

rule subject to certain “exceptions”, including (at p. 205):

2. What is undertaken by the contract will indicate the nature of the relationship that gives rise to the common law duty of care, but the nature and scope of the duty of care that is asserted as the foundation of the tortious liability must not depend on specific obligations or duties created by the express terms of the contract. It is in that sense that the common law duty of care must be independent of the contract. The distinction, in so far as the terms of the contract are concerned, is, broadly speaking, between what is to be done and how it is to be done. A claim cannot be said to be in tort if it depends for the nature and scope of the asserted duty of care on the manner in which an obligation or duty has been expressly and specifically defined by a contract. [Emphasis added.]

Unlike in *BG Checo*, the common law duty of care invoked by the appellant is, for reasons already given, “independent” of the employment agreement. I would therefore reject this part of the respondent’s argument which attempts to disallow the appellant’s action in tort and to confine him to whatever remedies are available under the law of contract.

This leaves the question of whether the duty or liability of the respondent in tort is limited or excluded by a term of the employment agreement. As I see the matter, neither the respondent’s duty of care nor its liability is affected by the terms of the employment agreement. For convenience, I reproduce again the provisions of this contract which play a determining role according to the Court of Appeal and the respondent:

TRANSFER

13. Quasar Systems reserves the right to reassign you to another position with the Company without reduction of your salary or benefits and upon one month’s notice to you. Should such reassignment require your permanent relocation to another city, the Company will reimburse you for your expenses in accordance with the then current relocation policy.

général assujettie à certaines «exceptions», et notamment (à la p. 205):

2. Les engagements stipulés dans le contrat révèlent la nature des liens dont découle l’obligation de diligence en *common law*, mais la nature et la portée de l’obligation de diligence invoquée comme fondement de la responsabilité délictuelle ne doivent pas dépendre d’obligations ou de devoirs précis créés expressément par le contrat. C’est dans ce sens que l’obligation de diligence en *common law* doit être indépendante du contrat. La distinction, en ce qui concerne les termes du contrat, est, d’une manière générale, entre ce qu’il faut faire et la façon de le faire. On ne saurait affirmer qu’une réclamation est en matière délictuelle si elle tient, en ce qui concerne la nature et la portée de l’obligation de diligence alléguée, à la façon dont une obligation a été expressément et précisément définie dans un contrat. [Je souligne.]

Contrairement à ce qui était le cas dans le pourvoi *BG Checo*, l’obligation de diligence existant en *common law* que l’appelant a invoquée est, pour les motifs déjà énoncés, «indépendante» du contrat de travail. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter la partie de l’argument de l’intimée visant à faire rejeter l’action en responsabilité délictuelle intentée par l’appelant et à limiter ce dernier aux redressements prévus par le droit des contrats.

Il reste à savoir si l’obligation ou la responsabilité délictuelle de l’intimée est limitée ou exclue par une clause du contrat de travail. À mon avis, les clauses du contrat de travail n’influent pas sur l’obligation de diligence de l’intimée ni sur sa responsabilité. Pour plus de commodité, je reproduis ici encore les dispositions de ce contrat qui, selon la Cour d’appel et l’intimée, ont un rôle déterminant:

MUTATION

13. Quasar Systems se réserve le droit de vous réaffecter à un autre poste au sein de la société, sans diminution de salaire ou perte d’avantages, sur préavis d’un mois. Advenant le cas où la réaffectation exige que vous vous réinstalliez en permanence dans une autre ville, la société vous dédommagera de vos frais conformément à la politique de réinstallation alors en vigueur.

TERMINATION NOTICE — ONE MONTH

14. This Agreement may be terminated at any time and without cause by Quasar Systems Ltd. or by you. In the event of termination, Quasar Systems Ltd. will give you one month's notice of termination plus any additional notice that may be required by any applicable legislation. Similarly, you shall give Quasar Systems Ltd. one month's notice if you voluntarily terminate this Agreement. Quasar Systems Ltd. may pay you one month's salary in lieu of the aforesaid notice in which event this Agreement and your employment will be terminated on the date such payment in lieu of notice is made.

In my view, the Court of Appeal erred in giving to clauses 13 and 14 the effect of a "disclaimer of responsibility" within the meaning of *Hedley Byrne* and *Carman Construction*, *supra*. These provisions are clearly distinguishable from the disclaimers at issue in both *Hedley Byrne* and *Carman Construction*.

In *Hedley Byrne*, the representee's bank requested certain financial information from the representors, merchant bankers for a potential client of the representee, "in confidence and without responsibility" on the part of the representors. The latter replied to the inquiry, in part, as follows: "CONFIDENTIAL. For your private use and without responsibility on the part of the bank or its officials." Unlike the present appeal, there was never any contractual relationship between the representee and the representor in *Hedley Byrne*. The House of Lords unanimously held that even though a duty of care with respect to representations could, in appropriate circumstances, exist, such a duty could not arise in *Hedley Byrne* since the representors had manifestly expressed, prior to the representations and to the knowledge of the representee, that they did not assume or accept responsibility for any of the information given.

Carman Construction, *supra*, on the other hand, concerned a misrepresentation made in a contractual setting. The corresponding clause in that case (cl. 3.1) expressly provided that the plaintiff was

AVIS DE CESSATION D'EMPLOI — UN MOIS

14. Le présent contrat peut être résilié à n'importe quel moment et sans motif par Quasar Systems Ltd. ou par vous. En cas de cessation d'emploi, Quasar Systems Ltd. vous donnera un préavis d'un mois en sus de tout avis additionnel prévu par une loi pertinente. De même, vous donnerez à Quasar Systems Ltd. un préavis d'un mois si vous résiliez volontairement ce contrat. Quasar Systems Ltd. peut vous verser un mois de salaire au lieu dudit avis, auquel cas ce contrat et votre emploi prendront fin à la date à laquelle cette somme vous sera versée.

À mon avis, la Cour d'appel a commis une erreur en interprétant les clauses 13 et 14 comme une «dénégation de responsabilité» au sens des arrêts *Hedley Byrne* et *Carman Construction*, précités. Une distinction peut clairement être faite entre ces dispositions et les dénégations en cause dans les arrêts *Hedley Byrne* et *Carman Construction*.

Dans l'arrêt *Hedley Byrne*, la banque du destinataire de la déclaration avait demandé certains renseignements financiers aux auteurs, qui étaient des spécialistes d'une banque d'affaire pour un client éventuel du destinataire, [TRADUCTION] «confidentiellement et sous toutes réserves» de la part de ceux-ci. Les auteurs ont en partie répondu comme suit: [TRADUCTION] «CONFIDENTIEL. Pour votre usage personnel et sous toutes réserves de la part de la banque ou de ses représentants.» Contrairement au présent pourvoi, il n'y avait jamais eu de lien contractuel entre l'auteur et le destinataire de la déclaration dans l'arrêt *Hedley Byrne*. La Chambre des lords a jugé à l'unanimité qu'une obligation de diligence pouvait exister, dans les cas appropriés, à l'égard des déclarations, mais que cette obligation ne pouvait pas exister dans cette affaire étant donné que les auteurs des déclarations avaient clairement fait savoir au préalable, et ce, à la connaissance du destinataire, qu'ils n'assumaient ou ne reconnaissaient aucune responsabilité à l'égard des renseignements fournis.

D'autre part, l'arrêt *Carman Construction*, précité, portait sur une déclaration inexacte faite dans un contexte contractuel. La clause correspondante dans cette affaire (la cl. 3.1) prévoyait expressé-

not relying on the representations of the defendant: “the Contractor does not rely upon any information given or statement made to him in relation to the work by the Company” (p. 961). The pertinent comments of Martland J., writing for a unanimous Court, are worth quoting (at pp. 972-73):

In the *Hedley Byrne* case the decision was that the disclaimer of responsibility for the persons alleged to be liable for negligent misrepresentation, communicated to the other party, excluded the assumption of a duty of care. I regard the wording of clause 3.1 of the agreement as having the like effect. The judgment at trial dealt with the situation on the basis that negligent misrepresentation had been established, but that clause 3.1 was an exemption clause which exempted C.P.R. from liability. In the circumstances of this case, I would prefer to regard the clause as establishing that C.P.R. did not assume any duty of care, and a claim in negligence will not arise in the absence of a duty of care.

I reach this conclusion in the light of the facts to which I have already referred in dealing with the issue of collateral warranty. Carman was made aware, when Fielding received the tender documents, and read and understood clause 3.1, that if it entered into an agreement with C.P.R. it was doing so on its own knowledge as to the quantities of material to be removed and that it would not rely upon any information or statement made to it by C.P.R. in relation to the work. Fielding was aware of this when he sought information from a C.P.R. employee. He knew that if information was obtained, Carman would be relying upon it at its own risk. In my opinion, on the facts of this case, a duty of care on the part of C.P.R. in respect of information provided by its employee never arose provided the information was given honestly. The trial judge has found that the misrepresentation made to Carman was made innocently without intent to defraud. [Emphasis added.]

Also instructive is the following excerpt from the reasons of Wilson J.A. (as she then was), writing for the majority of the Court of Appeal, in *Carman Construction* ((1981), 33 O.R. (2d) 472, at p. 473):

ment que la demanderesse ne s'appuyait pas sur les déclarations de la défenderesse: [TRANSCRIPTION] «l'entrepreneur ne se fie à aucun renseignement que la Compagnie lui a donné ni à aucune déclaration qu'elle lui a faite concernant les travaux» (à la p. 961). Il vaut la peine de citer les remarques pertinentes du juge Martland, qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour (aux pp. 972 et 973):

^b Dans l'affaire *Hedley Byrne*, on a décidé que la déné-
gation de responsabilité relative aux personnes aux-
quelles on imputait une responsabilité en raison d'une
déclaration inexacte faite par négligence à l'autre partie,
excluait l'hypothèse d'une obligation de diligence. J'estime
que les termes de la clause 3.1 du contrat ont le
même effet. Le jugement de première instance a traité la
situation en tenant pour acquis que l'existence d'une
déclaration inexacte faite par négligence avait été éta-
blie, mais que la clause 3.1 était une clause d'exonéra-
tion qui dégageait le C.P. de toute responsabilité. Dans
les circonstances en l'espèce, je préfère considérer que
cette clause établit que le C.P. n'a assumé aucune obli-
gation de diligence et, en l'absence d'une obligation de
diligence, il ne peut y avoir de réclamation fondée sur la
négligence.

J'arrive à cette conclusion compte tenu des faits que j'ai déjà mentionnés en traitant la question de la garantie accessoire. Lorsque Fielding a reçu les documents de soumission et qu'il a lu et saisi la clause 3.1, Carman a été informée que si elle se liait par contrat avec le C.P., elle le ferait suivant sa propre connaissance du volume de roc à déplacer et qu'elle ne devrait se fier à aucun renseignement ni à aucune déclaration du C.P. relativement aux travaux. Fielding le savait lorsqu'il a demandé des renseignements à un employé du C.P. Il savait que s'il obtenait un renseignement, Carman ne pourrait s'y fier qu'à ses propres risques. À mon avis, d'après les faits en l'espèce, C.P. n'a jamais assumé une obligation de diligence à l'égard du renseignement donné par son employé, pourvu que ce renseignement ait été donné honnêtement. Le juge de première instance a conclu que la déclaration inexacte a été faite à Carman de bonne foi sans intention frauduleuse. [Je souligne.]

ⁱ Il est également intéressant de noter l'extrait sui-
vant des motifs du juge Wilson (alors juge à la
Cour d'appel), qui a rédigé les motifs au nom de la
Cour d'appel à la majorité, dans l'arrêt *Carman*
Construction ((1981), 33 O.R. (2d) 472, à la
p. 473):

This is not, in the view of the majority, a case in which, after making a negligent misrepresentation to the plaintiff in order to induce it to enter into a contract, the terms of which were at the time of the misrepresentation unknown, the defendant thereafter inserts into the contract an exculpatory clause in order to insulate itself against antecedent tort liability. This is a case in which the plaintiff tendered knowing that in the very contract on which it was tendering it had agreed to assume the risk of using any information obtained by it from the defendant's employees.

Contrary to *Hedley Byrne* and *Carman Construction*, *supra*, there is no contemporaneity in this case between the alleged disclaimers of responsibility and the negligent misrepresentations. More important than their timing, however, clauses 13 and 14 of the employment agreement are far from being statements, express or implied, that the respondent and its representative are not assuming responsibility for the representations made to the appellant during the hiring interview about the nature and existence of the Multiview project. Although I am not prepared to hold that nothing less than the clearest and most express disclaimer will suffice to negate a duty of care, something more than clauses 13 and 14 is definitely required. These provisions relate to the rights and obligations of the parties in the event of the appellant's termination or transfer. They have nothing to do with representations made during pre- or post-contractual negotiations, let alone disclaimers for said representations.

Assuming, for the sake of argument, that the principle set out in the judgment of the Court of Appeal is correct in law (i.e., "it is a sufficient disclaimer if the contract contains terms which contradict or are inconsistent with the representations relied upon" (p. 183)), there are no inconsistencies in the case at bar between clauses 13 and 14 of the contract and the representations relied on by the appellant. The only way to find such an inconsistency is to agree with Finlayson J.A. and the respondent that the representations relied on by the appellant amount to a warranty of job security. However, as noted above, the representations in

[TRADUCTION] La Cour à la majorité est d'avis qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où, après avoir fait par négligence une déclaration inexacte à la demanderesse en vue de l'inciter à conclure un contrat, dont les conditions n'étaient pas connues au moment de la déclaration, la défenderesse insère par la suite au contrat une clause de disculpation pour se protéger de la responsabilité délictuelle antérieure. Il s'agit d'un cas où la demanderesse a déposé une soumission en sachant que, dans le contrat même pour lequel elle faisait une offre, elle acceptait d'assumer les risques de l'utilisation des renseignements obtenus des employés de la défenderesse.

Contrairement à ce qui était le cas dans les arrêts *Hedley Byrne* et *Carman Construction*, précités, les dénégations de responsabilité alléguées et les déclarations inexactes n'ont pas été faites en même temps en l'espèce. Toutefois, ce qui est encore plus important que le moment où elles ont été faites, les clauses 13 et 14 du contrat de travail sont loin d'être des déclarations, expresses ou implicites, voulant que l'intimée et son représentant n'assument pas la responsabilité des déclarations faites à l'appelant pendant l'entrevue d'embauchage au sujet de la nature et de l'existence du projet Multiview. Je ne suis pas prêt à conclure qu'il faut absolument une dénégation claire et expresse pour exclure l'obligation de diligence, mais il est certain que les clauses 13 et 14 ne suffisent pas. Ces dispositions portent sur les droits et obligations des parties en cas de cessation d'emploi ou de mutation. Elle n'ont rien à voir avec les déclarations faites pendant les négociations qui ont précédé ou suivi la signature du contrat, et sont encore moins des dénégations relatives auxdites déclarations.

À supposer, pour les fins de la discussion, que le principe énoncé dans le jugement de la Cour d'appel soit fondé en droit (à savoir, [TRADUCTION] «il y a une dénégation suffisante si le contrat contient des clauses qui contredisent les déclarations auxquelles on s'est fié ou qui sont incompatibles avec ces déclarations» (à la p. 183)), il n'y a pas de contradictions en l'espèce entre les clauses 13 et 14 du contrat et les déclarations sur lesquelles s'appuie l'appelant. La seule façon de constater pareille contradiction est de souscrire à l'avis du juge Finlayson et de l'intimée, que les déclarations sur lesquelles l'appelant s'est appuyé équivalent à une

question are not of this nature. Rather, they are representations that a particular job would exist and that it would have certain features. As the trial judge found, the representations made during the job interview were firm representations “that the [respondent] company was committed to the development of additional modules of ‘Multiview’” (p. 397), and there were implicit representations “that there was a reasonable plan in existence for the additional modules and that the company had made a financial commitment in the way of budgetary provisions for such development” (p. 398). Characterizing the representations in question as a warranty of job security seems particularly strained because Mr. Johnston actually indicated that the project would last only two years. Thus, Mr. Johnston did not represent that the position would last forever, although he certainly did represent that it would exist.

Again, the appellant’s claim is not that Mr. Johnston negligently misrepresented the length of time he would be working on Multiview or the conditions under which his employment could be terminated. He does not argue that Cognos, through its representative, breached a duty of care by negligently misrepresenting his security of employment with the respondent company. Rather, the appellant argues that Mr. Johnston misrepresented the nature and existence of the employment opportunity being offered. It is on these latter representations that the appellant relied in leaving his relatively secure and well paying job in Calgary. The employment agreement neither expressly nor impliedly states that there may be no job of the sort described during the interview after the appellant’s arrival in Ottawa. Stipulations that an employee can be dismissed without cause upon proper notice or reassigned to another position are not incompatible with a pre-contractual representation that a

garantie de sécurité d’emploi. Toutefois, comme je l’ai fait remarquer précédemment, les déclarations en question ne sont pas de cette nature. Il s’agit plutôt de déclarations selon lesquelles un emploi particulier existerait, lequel comporterait certains éléments. Comme le juge de première instance l’a conclu, les déclarations faites pendant l’entrevue d’embauchage étaient des déclarations fermes: [TRADUCTION] «la société [intimée] était bien décidée à mettre au point des modules additionnels de «Multiview»» (à la p. 397); on avait implicitement déclaré [TRADUCTION] «qu’il existait un plan raisonnable à l’égard des modules additionnels et que la société s’était financièrement engagée à les mettre au point au moyen de dispositions budgétaires» (à la p. 398). Qualifier les déclarations en question de garanties relatives à la sécurité d’emploi semble être particulièrement exagéré étant donné que M. Johnston a de fait indiqué que le projet ne durerait que deux ans. M. Johnston n’a donc pas déclaré qu’il s’agissait d’un poste permanent, bien qu’il ait certainement affirmé que ce poste serait disponible.

Ici encore, l’appelant n’allègue pas que M. Johnston a fait par négligence des déclarations inexactes quant à la période pendant laquelle il travaillerait au projet Multiview ou aux conditions dans lesquelles il pouvait être mis fin à son emploi. Il ne soutient pas que Cognos, par l’entremise de son représentant, a violé son obligation de diligence en faisant par négligence des déclarations inexactes au sujet de sa sécurité d’emploi auprès de la société intimée. L’appelant fait valoir plutôt que M. Johnston a fait des déclarations inexactes au sujet de la nature et de l’existence de l’emploi offert. L’appelant s’est fié à ces dernières déclarations lorsqu’il a quitté son emploi relativement sûr et rémunérateur à Calgary. Le contrat de travail ne dit pas expressément ni implicitement qu’il se peut qu’une fois l’appelant arrivé à Ottawa, il n’y ait aucun emploi du genre décrit pendant l’entrevue. Les clauses prévoyant que l’employé peut être congédié sans motif à la suite d’un préavis approprié ou qu’il peut être réaffecté à un autre poste ne sont pas incompatibles avec la déclaration faite avant la signature du contrat, à savoir qu’un poste

particular job would exist, as described, should the employee accept employment.

As for the respondent's liability, clauses 13 and 14 of the employment agreement are clearly not, on their face, general limitation or exclusion of liability clauses as these expressions are commonly used. The language adopted by the parties is unambiguous. By stretching the common definition of "limitation of liability clause", one could interpret clauses 13 and 14 as "limiting" the respondent's "liability" in the event of a transfer or termination to what is specifically provided therein. However, even if this interpretation were adopted, the respondent's liability for pre-contractual negligent misrepresentations is clearly beyond the scope of these provisions. It is trite law that, in determining whether or not a limitation (or exclusion) of liability clause protects a defendant in a particular situation, the first step is to interpret the clause to see if it applies to the tort or breach of contract complained of. If the clause is wide enough to cover, for example, the defendant's negligence, then it may operate to limit effectively the defendant's liability for the breach of a common law duty of care, subject to any overriding considerations. This is not, however, the situation facing this Court.

Clauses 13 and 14 of the employment agreement, even if characterized as "limitation of liability" clauses, cannot support an interpretation which would enable them to protect the respondent from the breach of a common law duty of care, let alone the breach of the particular duty invoked by the appellant in his action for negligent misrepresentation. These provisions are no more relevant to the outcome of this case than is clause 15 of the contract, permitting Cognos to terminate the appellant's employment for cause. Thus, contrary to the respondent's submission, the third proposition set out in *Central Trust v. Rafuse, supra*, at p. 206, is of no assistance to this appeal, that is, the appellant is not attempting by his tort claim to "circumvent

particulier serait disponible, tel que décrit, si l'employé acceptait l'emploi.

Quant à la responsabilité de l'intimée, les clauses 13 et 14 du contrat de travail ne constituent clairement pas, à première vue, des clauses de limitation ou d'exclusion de responsabilité au sens où ces expressions sont ordinairement employées. Le libellé adopté par les parties n'est pas ambigu. En élargissant la définition ordinaire de l'expression «clause de limitation de responsabilité», on pourrait interpréter les clauses 13 et 14 comme «limitant» la «responsabilité» de l'intimée à ce qui y est expressément prévu, dans le cas d'une mutation ou d'une cessation d'emploi. Toutefois, même si l'on adoptait cette interprétation, la responsabilité de l'intimée pour les déclarations inexactes faites par négligence avant la signature du contrat irait clairement au-delà de la portée de ces dispositions. Il est de droit constant qu'en déterminant si une clause de limitation (ou d'exclusion) de responsabilité protège un défendeur dans un cas particulier, il faut avant tout interpréter la clause pour déterminer si elle s'applique au délit civil ou à la violation de contrat en cause. Si la clause est suffisamment générale pour viser, par exemple, la négligence du défendeur, elle peut s'appliquer de façon à limiter effectivement la responsabilité de celui-ci pour la violation d'une obligation de diligence existant en common law, sous réserve de quelque considération prépondérante. Toutefois, tel n'est pas ici le cas.

Les clauses 13 et 14 du contrat de travail, même si elles sont considérées comme des clauses de «limitation de responsabilité», ne peuvent pas étayer une interprétation selon laquelle elles pourraient protéger l'intimée contre la violation de l'obligation de diligence existant en common law, et encore moins la violation de l'obligation particulière invoquée par l'appelant dans son action fondée sur la déclaration inexacte faite par négligence. Ces dispositions ne sont pas plus pertinentes, en ce qui concerne l'issue de l'affaire, que la clause 15 du contrat, qui permet à Cognos de congédier l'appelant pour un motif déterminé. Ainsi, contrairement à l'argument de l'intimée, la troisième proposition énoncée dans l'arrêt *Central*

or escape a contractual exclusion or limitation of liability for the act or omission that would constitute the tort". Simply put, there is nothing in the employment agreement for the appellant to circumvent or to escape.

Finally, with respect to the respondent's argument that the appellant "affirmed" his contract by his conduct subsequent to his arrival in Ottawa, I would make two brief comments. First, the whole concept of "affirming" a contract is irrelevant in the case at bar as the appellant is seeking to rely on a tort remedy rather than a contractual one. Second, it seems somewhat harsh to characterize the appellant as having affirmed his contract of employment. The appellant found himself in a very difficult job situation, with increasing marital and health problems to exacerbate the situation. In my view, he acted quite reasonably in attempting to mitigate his losses before finally ending his employment relationship with Cognos.

F. Conclusion

In my view, the appellant has established all the required elements to succeed in his action. The respondent and its representative, Mr. Johnston, owed a duty of care to the appellant during the course of the hiring interview to exercise such reasonable care as the circumstances required to ensure that the representations made were accurate and not misleading. This duty of care is distinct from, and additional to, the duty of common honesty existing between negotiating parties. The trial judge found, as a fact, that misrepresentations—both express and implied—were made to the appellant and that he relied upon them, reasonably I might add, to his eventual detriment. In all the circumstances of this case, I agree with the trial judge that these misrepresentations were made by Mr. Johnston in a negligent manner. While a subsequent contract may, in appropriate cases, affect a *Hedley Byrne* claim relying on pre-contractual rep-

Trust c. Rafuse, précité, à la p. 206, n'est d'aucune utilité en l'espèce, c'est-à-dire que l'appelant ne tente pas, par l'action en responsabilité délictuelle qu'il a intentée, «de contourner ou d'éviter une clause contractuelle d'exonération ou de limitation de responsabilité pour l'acte ou l'omission qui constitue le délit civil». Bref, il n'y a rien dans le contrat de travail que l'appelant peut contourner ou éviter.

Enfin, en ce qui concerne l'argument de l'intimée selon lequel l'appelant a «confirmé» son contrat vu la façon dont il a agi après son arrivée à Ottawa, je ferais deux brèves remarques. En premier lieu, la notion de «confirmation» de contrat n'est pas pertinente en l'espèce car l'appelant cherche à exercer un recours fondé sur la responsabilité délictuelle plutôt que sur un contrat. En second lieu, il semble que ce soit être plutôt sévère que de considérer que l'appelant a confirmé son contrat de travail. L'appelant s'est trouvé dans une situation professionnelle fort difficile, et des problèmes conjugaux et médicaux sont venus aggraver la situation. À mon avis, il a agi d'une manière tout à fait raisonnable en tentant d'atténuer ses pertes avant de mettre finalement fin à ses relations professionnelles avec Cognos.

f F. Conclusion

À mon avis, l'appelant a établi tous les éléments nécessaires pour avoir gain de cause. L'intimée et son représentant, M. Johnston, avaient une obligation de diligence envers l'appelant pendant l'entrevue d'embauchage et devaient faire preuve de la diligence raisonnable requise par les circonstances, de façon à s'assurer que les déclarations qui étaient faites étaient exactes et non trompeuses. Cette obligation de diligence est distincte de l'obligation d'honnêteté ordinaire existant entre des parties qui négocient et vient s'y ajouter. Le juge de première instance a tenu pour avéré que des déclarations inexactes, expresses et implicites, avaient été faites à l'appelant et qu'il s'y était fié, de manière raisonnable selon moi, et à son détriment. Compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, je souscris à l'avis du juge de première instance, selon lequel M. Johnston a fait ces déclarations inexactes d'une manière négligente. Un contrat subséquent peut,

representations, the employment agreement signed by the appellant is irrelevant to this action. In particular, clauses 13 and 14 of the contract are not valid disclaimers of responsibility for the representations made during the interview.

V. Disposition

For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal, and restore the judgment of White J., finding the respondent liable and granting the appellant damages in the amount of \$67,224. The appellant should have his costs here and in the courts below.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J.—I agree with my colleague Iacobucci J. that this appeal should be allowed, although for reasons which are obvious from my reasons in *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12 (released concurrently), I do not concur in all aspects of his reasons.

The first issue raised by this appeal is the effect of the fact that the parties in this case entered into a contract which contained a specific term governing termination. The Court of Appeal (1990), 74 O.R. (2d) 176 concluded that this precluded the plaintiff's action in tort for negligent misrepresentation as to the employment. Finlayson J.A., for the court, stated (at p. 183):

... the respondent Queen stated that he would not have given up his secure position in Calgary for a move to Ottawa that was without permanence, and yet he signed a contract which provided him with no assurances respecting his place of employment or its tenure. To rely on *Hedley Byrne*, the negligent misrepresentation must have amounted to a warranty of job security and yet the

dans les cas appropriés, influencer sur une demande fondée sur des déclarations faites avant la passation d'un contrat, comme dans l'arrêt *Hedley Byrne*, mais le contrat de travail signé par l'appellant n'a rien à voir avec la présente action. En particulier, les clauses 13 et 14 du contrat ne constituent pas des dénégations valides de responsabilité relativement aux déclarations faites pendant l'entrevue.

V. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir le jugement par lequel le juge White a conclu à la responsabilité de l'intimée et a accordé à l'appelant des dommages-intérêts au montant de 67 224 \$. L'appelant a droit à ses dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Je conviens avec mon collègue le juge Iacobucci que le présent pourvoi devrait être accueilli, quoique je ne souscrive pas entièrement à ses motifs, pour des raisons qui sont évidentes à la lecture de mes motifs dans l'arrêt *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12 (rendu en même temps que les présents motifs).

La première question soulevée par le présent pourvoi concerne les conséquences que peut avoir le fait que les parties en l'espèce ont conclu un contrat qui renfermait une condition portant expressément sur la cessation de l'emploi. La Cour d'appel (1990), 74 O.R. (2d) 176, a conclu que cette clause vouait à l'échec l'action en responsabilité délictuelle du demandeur pour déclaration inexacte faite par négligence relativement à l'emploi. Le juge Finlayson de la Cour d'appel a dit (à la p. 183):

[TRADUCTION] ... l'intimé Queen a déclaré qu'il n'aurait pas renoncé à son poste sûr à Calgary pour occuper à Ottawa un poste qui n'était pas permanent, et pourtant il a signé un contrat qui ne lui fournissait aucune garantie au sujet de son lieu de travail ou de sa permanence. Pour que l'arrêt *Hedley Byrne* puisse être invoqué, la déclaration inexacte faite par négligence doit équivaloir

contract of employment was surely a disclaimer of just that. No representations as to job security, whether based on performance or on job availability, could have survived the one-month termination notice “without cause” contained in the contract. [Emphasis added.]

My colleague, at p. 139, rejects this conclusion on the ground that the contractual duties were different from the common law duty associated with the tort of negligent misrepresentation. The misrepresentation concerned “the nature and existence of the employment opportunity being offered”. The contract clauses, by contrast, were concerned with the rights and remedies of the parties relating to termination.

I agree that the pre-contractual representation was different in scope and effect from the contractual obligation. The matter is not merely one of semantics. It turns on the plaintiff’s assessment of the risk involved in leaving his employment and joining Cognos. When a person is deciding to enter a contract with terms governing termination, he or she makes an assessment as to the risk of such termination occurring. A stringent term as to termination may not deter the person from entering into the contract if he or she is satisfied that the risk of termination materializing is low. The representation at issue in this case concerned the risk of termination coming about. The representation was not that Cognos would not have the discretion to terminate or transfer the plaintiff on one month’s notice. Rather, by implying that the Multiview project was a reality, that it had the financial support of Cognos, and that it had passed through the feasibility and costing stage, Johnston on behalf of Cognos caused the plaintiff to be misled as to the level of the risk to the plaintiff that Cognos might at some point choose to exercise its termination power under the employment contract. The plain-

à une garantie de sécurité d’emploi, et pourtant le contrat de travail contenait certainement une dénégation à ce sujet. Aucune déclaration relative à la sécurité d’emploi, qu’elle soit fondée sur le rendement ou sur la disponibilité d’un emploi, n’aurait pu l’emporter sur la disposition concernant le préavis d’un mois de congédiement «sans motif» figurant dans le contrat. [Je souligne.]

Mon collègue, à la p. 139, rejette cette conclusion au motif que les obligations contractuelles différaient de l’obligation de common law associée au délit civil de déclaration inexacte faite par négligence. La déclaration inexacte touchait «la nature et [. . .] l’existence de l’emploi offert». Les clauses du contrat, par contre, portaient sur les droits et les redressements dont pouvaient se prévaloir les parties en cas de cessation d’emploi.

Je partage l’avis que la déclaration faite antérieurement à la passation du contrat différait, de par sa portée et son effet, de l’obligation contractuelle. Ce n’est pas une simple question de sémantique. Ce dont il s’agit en fait c’est l’appréciation par le demandeur du risque qu’il courait en quittant son poste pour se joindre à Cognos. En effet, avant de décider s’il y a lieu de conclure un contrat contenant des conditions régissant la cessation de l’emploi, il faut soupeser le risque d’une telle éventualité. Il se peut qu’une condition sévère relative à la cessation de l’emploi ne dissuade pas la personne de signer le contrat si elle est convaincue qu’elle ne court qu’un faible risque de perdre son emploi. La déclaration en cause en l’espèce concernait le risque de la cessation de l’emploi. On n’a pas déclaré que Cognos ne détiendrait pas le pouvoir discrétionnaire de congédier ou de muter le demandeur sur préavis d’un mois. Ce qui s’est plutôt passé c’est qu’en laissant entendre que le projet Multiview était une réalité, qu’il jouissait de l’appui financier de Cognos et qu’il avait franchi l’étape de l’étude de faisabilité et de l’estimation des coûts, Johnston, pour le compte de Cognos, a induit le demandeur en erreur quant au degré du risque, auquel s’exposait ce dernier, de voir Cognos décider à un moment donné d’exercer le pouvoir de congédiement que lui conférait le contrat de travail. Le demandeur, ajoutant foi aux pro-

tiff, believing Johnston, concluded that the risk of being transferred or terminated was low.

To elaborate, a number of situations can be envisaged in which Cognos might have decided to terminate the plaintiff's employment:

- (i) his employment not working out in the Multiview project, for reasons that did not amount to just cause for dismissal (e.g., say his work was mediocre, but not incompetent);
- (ii) unanticipated serious financial difficulties being encountered by Cognos, such that a decision might be made to lay off staff;
- (iii) the situation that actually developed, of Cognos's Corporate Management Team deciding, when the Multiview project reached the end of the feasibility and costing stage, not to make a financial commitment to proceeding with the full development of the Multiview line of products;
- (iv) Cognos's Corporate Management Team deciding after a financial commitment had been made to scale back or terminate the development of the Multiview line of products.

The representation excluded the third reason for dismissal, thereby reducing the risk of termination. As found by the trial judge, the plaintiff relied on that representation in deciding to enter into the contract. It turned out to have been negligently made and false. It follows that the plaintiff is entitled to damages for the loss suffered as a result of that representation.

The second issue on the appeal is whether the Court of Appeal was correct in concluding that the trial judge imposed too high a duty of care. Finlayson J.A. correctly stated that the duty on Cognos was "no more than a duty to take care that the representations made were responsible and accurate to the knowledge of Johnston and of his principal,

pos de Johnston, a conclu qu'il ne courait qu'un faible risque de mutation ou de congédiement.

Précisons que l'on peut envisager plusieurs situations dans lesquelles Cognos aurait pu décider de mettre fin à l'emploi du demandeur:

- (i) celle où il n'aurait pas fait le poids dans le projet Multiview, mais pour des raisons qui ne constituaient pas un motif valable de congédiement (p. ex. s'il faisait un travail médiocre sans toutefois aller jusqu'à l'incompétence);
- (ii) celle où Cognos éprouverait de graves difficultés financières imprévues pouvant entraîner la mise à pied d'employés;
- (iii) celle qui s'est en fait produite, où l'équipe de gestion d'entreprise de Cognos a décidé, lorsque le projet Multiview est arrivé au terme de l'étude de faisabilité et de l'estimation des coûts, de ne pas engager les fonds nécessaires pour le développement complet de la gamme de produits Multiview;
- (iv) celle où l'équipe de gestion d'entreprise de Cognos déciderait, après avoir engagé les fonds, de limiter le développement de la gamme de produits Multiview ou d'y mettre fin.

Or, la déclaration en cause écartait le troisième motif de congédiement et, par le fait même, diminuait le risque de la cessation de l'emploi. Comme l'a conclu le juge de première instance, le demandeur s'est fondé sur cette déclaration pour décider de signer le contrat. Il s'est toutefois trouvé que la déclaration avait été faite par négligence et qu'elle était fausse. D'où il découle que le demandeur a droit aux dommages-intérêts pour la perte qu'il a subie par suite de cette déclaration.

Le pourvoi soulève en second lieu la question de savoir si la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge de première instance avait imposé une obligation de diligence trop lourde. Le juge Finlayson a dit, avec raison, que l'obligation incombant à Cognos consistait [TRADUCTION] «simplement à veiller à ce que les déclarations soient réfléchies et

Cognos” (p. 186). However, he went on to conclude “What [Johnston] said was truthful, he believed in it, that was enough” (p. 188). With respect, the second statement cannot be supported. It is not enough that the defendant believed what he said; he must have been non-negligent in having formed and expressed that belief. At the same time, Finlayson J.A. exaggerated the duty of care which the trial judge applied, in stating the trial judge held that Johnston “had to divulge to all of the applicants that he interviewed the precise status of the corporate commitment to the development of the new product so that they could make their own assessment” (p. 187). In fact, the trial judge held only that the defendant had a duty not to hold out to applicants that the project was secure when it knew that funding was not approved and knew or should have known that the final approval was not a rubber stamp process and the secure funding was not a foregone conclusion. I agree with my colleague that this is the appropriate standard and that the duty of care with respect to representations made in a pre-employment situation is the same as that which applies generally. I also agree with my colleague that the argument that the representations are non-actionable by their nature must be rejected.

I would allow the appeal on the terms proposed by Iacobucci J.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Peter J. Bishop & Associates, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

exactes, à la connaissance de M. Johnston et de son commettant, Cognos» (à la p. 186). Il est toutefois arrivé, plus loin, à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] «Ce qu’il [Johnston] a dit était vrai, il y croyait, et cela suffisait» (à la p. 188). Avec égards, la seconde déclaration est sans fondement. Il ne suffit pas que le défendeur croie à ce qu’il a dit; il faut en outre qu’il ait agi sans négligence en formant et en exprimant cette opinion. Par ailleurs, le juge Finlayson a exagéré l’obligation de diligence retenue par le premier juge, affirmant en effet que, d’après ce dernier, Johnston [TRADUCTION] «devait informer tous les candidats qu’il rencontrait de la situation exacte relativement à l’engagement pris par la société à l’égard du développement du nouveau produit, de façon que ceux-ci puissent évaluer eux-mêmes la viabilité du projet» (à la p. 187). De fait, le juge de première instance a simplement conclu que la défenderesse avait l’obligation de ne pas faire croire aux candidats que le projet était assuré alors qu’elle savait que l’engagement des fonds n’avait pas été approuvé et qu’elle savait, ou aurait dû savoir, que l’approbation définitive n’était pas qu’une formalité et que l’engagement des fonds n’avait rien de certain. Je conviens avec mon collègue que c’est là le critère qu’il convient d’appliquer et que l’obligation de diligence en ce qui concerne les déclarations faites antérieurement à l’embauchage est identique à celle qui s’applique en général. Je suis également d’accord avec mon collègue que doit être rejeté l’argument voulant que les déclarations, de par leur nature, ne peuvent donner lieu à une action en justice.

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi selon les modalités que propose le juge Iacobucci.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l’appelant: Peter J. Bishop & Associates, Ottawa.

Procureurs de l’intimée: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Lyndon Paul Cooper *Respondent*

INDEXED AS: R. v. COOPER

File No.: 22395.

1992: October 6; 1993: January 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND

Criminal law — Second degree murder — Defences — Mens rea and actus rea — Accused and victim intoxicated — Accused strangling victim but blacking out before death occurred — Whether subjective intent to cause bodily harm — Whether subjective knowledge that the bodily harm is of such a nature that it is likely to result in death — Whether mens rea coincided with actus rea — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 212(a)(ii).

Respondent was convicted of second degree murder pursuant to s. 212(a)(ii) of the *Criminal Code* — causing bodily harm knowing it is likely to cause death and nevertheless being reckless whether death ensues or not. He and his victim had been drinking. He became angry after being hit during an argument, struck the deceased and grabbed her by the throat with both hands and shook her. Respondent stated that this occurred in the front seat of the Jeep and that he could recall nothing else until he woke in the back seat and found the body of the deceased beside him. He had no recollection of causing her death. The expert evidence established that death was caused by one-handed manual strangulation and that death probably occurred after two minutes of pressure. The Court of Appeal indicated conviction required that the accused have a persisting or continuing knowledge that the act was likely to cause death. It set aside the conviction and directed that a new trial be held. At issue here was the nature of the intent required to found

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Lyndon Paul Cooper *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. COOPER

N° du greffe: 22395.

1992: 6 octobre; 1993: 21 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit criminel — Meurtre au deuxième degré — Moyens de défense — Mens rea et actus rea — Accusé et victime en état d'ébriété — L'accusé a étranglé la victime mais a perdu conscience avant que survienne le décès — Y avait-il intention subjective de causer des lésions corporelles? — Y avait-il connaissance subjective que les lésions corporelles étaient de nature à causer la mort? — Y avait-il concomitance entre la mens rea et l'actus rea? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 212a)(ii).

L'intimé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré conformément au sous-al. 212a)(ii) du *Code criminel*, qui porte sur le fait pour une personne de causer des lésions corporelles qu'elle sait de nature à causer la mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non. Sa victime et lui avaient consommé de l'alcool. Il s'est mis en colère après avoir été frappé au cours d'une dispute et a frappé la victime, l'a saisie à la gorge avec les deux mains et l'a secouée. L'intimé a dit que cela s'était produit sur le siège avant de la Jeep et qu'il ne se souvenait plus de rien jusqu'à ce qu'il s'éveille sur le siège arrière et trouve le corps de la victime à ses côtés. Il ne se souvenait pas de l'avoir tuée. Il ressort du témoignage des experts que le décès a résulté d'un étranglement d'une seule main et qu'il est probablement survenu à la suite d'une pression de deux minutes. La Cour d'appel a indiqué que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, il était nécessaire que l'accusé ait une connaissance persistante et continue que l'acte qu'il accomplissait était de nature à causer la mort. Elle a annulé la déclaration de culpabilité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. La question soulevée en l'espèce porte sur la nature de l'intention requise pour justifier une déclaration de culpabilité de

a conviction for murder pursuant to s. 212(a)(ii) of the *Criminal Code*.

Held (Lamer C.J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: The intent that must be demonstrated in order to convict under s. 212(a)(ii) has two aspects. There must be (a) subjective intent to cause bodily harm, and (b) subjective knowledge that the bodily harm is of such a nature that it is likely to result in death. There is only a "slight relaxation" in the *mens rea* required for a conviction for murder under s. 212(a)(ii) as compared to s. 212(a)(i).

Mens rea must not only be present but also must be concurrent with the impugned act. It is not always necessary, however, for the guilty act and the intent to be completely concurrent; they need only coincide at some point. An act (*actus reus*) which may be innocent or no more than careless at the outset can become criminal at a later stage when the accused acquires knowledge of the nature of the act and still refuses to change his or her course of action. The determination of whether the *mens rea* coincides with the wrongful act depends to a large extent upon the nature of the act.

To obtain a conviction the Crown had to demonstrate that the accused intended to cause bodily harm that he knew was ultimately so dangerous and serious that it was likely to result in the death of the victim. But that intent did not need to persist throughout the entire act of strangulation. The jury could infer that respondent, by seizing the victim by the neck, intended to cause her bodily harm that he knew was likely to cause her death. The jury could reasonably infer that the *actus reus* and *mens rea* coincided at the moment when the accused grabbed the victim by the neck and shook her — the necessary coincidence of the wrongful act of strangulation and the requisite intent to do bodily harm that the accused knew was likely to cause her death. Respondent was aware of these acts before he "blacked out". It was not necessary that the requisite intent continue throughout the entire time required to cause the death of the victim. If death results from a series of wrongful acts that are part of a single transaction then it must be

meurtre conformément au sous-al. 212(a)(ii) du *Code criminel*.

Arrêt (le juge en chef Lamer est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: L'intention qui doit être démontrée en vue d'entraîner une déclaration de culpabilité aux termes du sous-al. 212(a)(ii) comporte deux aspects. Il doit y avoir a) une intention subjective de causer des lésions corporelles et b) une connaissance subjective que les lésions corporelles sont de nature à causer la mort. Il n'y a qu'un «léger assouplissement» dans la *mens rea* requise pour une déclaration de culpabilité de meurtre en vertu du sous-al. 212(a)(ii) par rapport au sous-al. 212(a)(i).

Non seulement doit-il y avoir *mens rea*, mais il doit y avoir concomitance avec l'acte reproché. Toutefois, il n'est pas toujours nécessaire que l'acte coupable et l'intention soit complètement concomitants; ils doivent seulement coïncider à un moment donné. Un acte (*actus reus*) qui peut être innocent ou tout au plus irréfléchi à l'origine peut devenir criminel à une étape ultérieure lorsque l'accusé prend connaissance de la nature de l'acte et refuse quand même de modifier sa façon d'agir. La réponse à la question de savoir si la *mens rea* coïncide avec l'acte répréhensible dépend dans une large mesure de la nature de l'acte.

Pour obtenir une déclaration de culpabilité, le ministère public devait démontrer que l'accusé avait l'intention de causer des lésions corporelles qu'il savait être en fin de compte à ce point dangereuses et graves qu'elles étaient de nature à causer la mort de la victime. Toutefois, il n'était pas nécessaire que cette intention existe pendant toute la durée de l'étranglement. Le jury pouvait déduire qu'en saisissant la victime au cou, l'intimé avait l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer sa mort. Le jury pouvait raisonnablement déduire que l'*actus reus* et la *mens rea* coïncidaient au moment où l'accusé a saisi la victime au cou et l'a secouée — il y avait alors la coïncidence nécessaire entre l'acte répréhensible de l'étranglement et l'intention requise de causer des lésions corporelles que l'accusé savait de nature à causer la mort de la victime. L'intimé avait connaissance de ces actes avant de «perdre conscience». Il n'était pas nécessaire que l'intention requise continue d'exister tout au long du temps nécessaire pour causer la mort de la victime. Si le décès résulte d'une série d'actes répréhensibles faisant partie d'une seule opération, il faut alors démontrer que l'in-

established that the requisite intent coincided at some point with the wrongful acts.

Looking at the charge as a whole, the jurors would adequately understand the issues involved, the law relating to the charge the accused faced, and the evidence to be considered in resolving the issues. Directions to the jury need not, as a general rule, be endlessly dissected and subjected to minute scrutiny and criticism. Rather the charge must be read as a whole. The directions to the jury must, of course, set out the positions of the Crown and defence, the legal issues involved and the evidence that may be applied in resolving the legal issues and ultimately in determining the guilt or innocence of the accused. The trial judge repeatedly and adequately instructed the jury about the consequences of respondent's consumption of alcohol, about the capacity to form the required intent, and assuming capacity, about the need for that intent in the circumstances.

Per Lamer C.J. (dissenting): The jury must understand that there must be intention to cause bodily harm which the accused knows is likely to cause death for there to be a correct charge under s. 212(a)(ii). The charge must make it clear that intention to cause bodily harm, without knowledge that such is likely to cause death, is not sufficient. Upon examination of the charge as a whole, this was not done adequately.

Intentionally and consciously choking someone for only a few seconds might or might not constitute the infliction of bodily harm within the meaning of s. 212(a)(ii). While "bodily harm" is not defined in that section, the definition in s. 245.1 — any hurt or injury to the complainant that interferes with his or her health or comfort and that is more than merely transient or trifling in nature — provides some general guidance about its interpretation in s. 212(a)(ii) and makes the point that bodily harm includes a broad spectrum of hurts and injuries.

Intention to cause bodily harm does not inexorably lead to the conclusion that the accused knew that the bodily harm was likely to cause death. This second aspect is essential to a finding of guilt of murder under s. 212(a)(ii). Particularly with respect to an action such as grabbing by the neck, there may be a point at the outset when there is no intention to cause death and no

tention requise a, à un moment donné, coïncidé avec les actes répréhensibles.

En examinant l'exposé dans son ensemble, les jurés comprendraient adéquatement les questions soulevées, le droit relatif à l'accusation à laquelle l'accusé fait face et les éléments de preuve dont ils devraient tenir compte pour trancher les questions. En règle générale, on ne doit pas sans cesse disséquer les directives au jury, les soumettre à un examen détaillé et les critiquer. Il faut plutôt interpréter l'exposé dans son ensemble. Évidemment, les directives au jury doivent exposer la position du ministère public et de la défense, les questions juridiques qui sont soulevées et les éléments de preuve qui peuvent être appliqués pour trancher les questions juridiques et, en fin de compte, pour déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Le juge du procès a, à maintes reprises, donné au jury des directives appropriées sur les conséquences de la consommation d'alcool par l'intimé, sur la capacité de former l'intention requise et, en présumant que cette capacité existait, sur la nécessité de cette intention dans les circonstances.

Le juge en chef Lamer (dissident): Pour qu'un exposé soit adéquat en vertu du sous-al. 212(a)(ii), il est essentiel que le jury comprenne qu'il doit y avoir intention de causer des lésions corporelles que l'accusé sait être de nature à causer la mort. Il doit ressortir clairement de l'exposé que l'intention de causer des lésions corporelles, sans la connaissance qu'elles sont de nature à causer la mort, est insuffisante. Il ressort de l'examen de l'ensemble de l'exposé que cela n'a pas été fait de façon adéquate.

Étrangler intentionnellement et consciemment quelqu'un pendant quelques secondes seulement pourrait constituer ou ne pas constituer des lésions corporelles au sens du sous-al. 212(a)(ii). Bien que l'expression «lésions corporelles» ne soit pas définie dans cette disposition, la définition que donne l'art. 245.1, savoir une blessure qui nuit à la santé ou au bien-être du plaignant et qui n'est pas de nature passagère ou sans importance, offre une certaine indication générale quant à l'interprétation de cette expression contenue au sous-al. 212(a)(ii) et montre que les lésions corporelles comprennent une vaste gamme de blessures.

L'intention de causer des lésions corporelles n'amène pas inexorablement à conclure que l'accusé savait que les lésions corporelles étaient de nature à causer la mort. Ce second aspect est essentiel à un verdict de culpabilité de meurtre en vertu du sous-al. 212(a)(ii). Surtout quand il s'agit d'un acte comme saisir quelqu'un au cou, il se peut qu'il n'y ait au départ aucune intention de causer la

knowledge that the action is likely to cause death. But there comes a point in time when the wrongful conduct becomes likely to cause death. At that moment or thereafter, the accused must have a conscious awareness of the likelihood of death. This awareness need not continue until death ensues.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *R. v. Nygaard*, [1989] 2 S.C.R. 1074; *Meli v. The Queen*, [1954] 1 W.L.R. 228; **referred to:** *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Droste* (1979), 49 C.C.C. (2d) 52; *Fagan v. Metropolitan Police Commissioner*, [1968] 3 All E.R. 442; *R. v. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306; *R. v. Korzepa* (1991), 64 C.C.C. (3d) 489.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 212(a)(i), (ii), 245.1 [ad. S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 245.3 [ad. *idem*] and 246.2 [ad. *idem*] [now R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 229(a)(i), (ii), 267, 269, 272].

Authors Cited

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1987.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1991), 89 Nfld. & P.E.I.R. 1, 278 A.P.R. 1, setting aside a conviction by O'Regan J. sitting with jury and ordering a new trial. Appeal allowed, Lamer C.J. dissenting.

J. Thomas Eagan, for the appellant.

Ernest L. Gittens, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J. (dissenting)—I have read the reasons of my colleague, Justice Cory, and adopt his exposition of the facts, the law and, save what is hereinafter said, his comments with respect to

mort ni aucune connaissance que cet acte est de nature à causer la mort. Mais vient un moment où la conduite répréhensible devient susceptible de causer la mort. C'est à ce moment-là ou après que l'accusé doit être conscient de la probabilité de mort. Il n'est pas nécessaire que cette conscience se poursuive jusqu'à ce que la mort s'ensuive.

Jurisprudence

b Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *R. c. Nygaard*, [1989] 2 R.C.S. 1074; *Meli c. The Queen*, [1954] 1 W.L.R. 228; **arrêts mentionnés:** *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Droste* (1979), 49 C.C.C. (2d) 52; *Fagan c. Metropolitan Police Commissioner*, [1968] 3 All E.R. 442; *R. c. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306; *R. c. Korzepa* (1991), 64 C.C.C. (3d) 489.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 212a)(i), (ii), 245.1 [aj. S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19], 245.3 [aj. *idem*] et 246.2 [aj. *idem*] [maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 229a)(i), (ii), 267, 269, 272].

Doctrine citée

f Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1987.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1991), 89 Nfld. & P.E.I.R. 1, 278 A.P.R. 1, qui a infirmé la déclaration de culpabilité rendue par le juge O'Regan siégeant avec jury et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer est dissident.

J. Thomas Eagan, pour l'appelante.

Ernest L. Gittens, pour l'intimé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER (dissident)—J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Cory et je suis d'accord avec son exposé des faits et du droit et, sous réserve de ce qui suit, avec ses commentaires

s. 212(a)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 229(a)(ii)).

It is crucial to a correct charge under s. 212(a)(ii) that the jury understand that there must be intention to cause bodily harm which the accused knows is likely to cause death. Intention to cause bodily harm, without knowledge that such is likely to cause death, is not sufficient. Given the position of the defence in this case, a clear understanding of this aspect was essential to a fair trial.

Intentionally and consciously choking someone for only a few seconds might or might not constitute the infliction of bodily harm within the meaning of s. 212(a)(ii). While the term "bodily harm" is not defined in that section, there is a statutory definition in s. 245.1 (now s. 267) which also applies to ss. 245.3 (now s. 269) and 246.2 (now s. 272):

245.1. . . .

(2) . . . "bodily harm" means any hurt or injury to the complainant that interferes with his or her health or comfort and that is more than merely transient or trifling in nature.

This definition provides some general guidance about the interpretation of the term "bodily harm" in s. 212(a)(ii) and makes the point that bodily harm includes a broad spectrum of hurts and injuries.

I do not raise this point to question whether the accused here intended to cause bodily harm. That was conceded in the argument before us. I raise it rather to emphasize that the intention to cause bodily harm by no means leads inexorably to the conclusion that the accused knew that the bodily harm was likely to cause death. It is, of course, this second aspect which is essential to a finding of guilt of murder under s. 212(a)(ii). Particularly with respect to an action such as grabbing by the neck, there may be a point at the outset when there is no intention to cause death and no knowledge that the

quant au sous-al. 212a)(ii) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, sous-al. 229a)(ii)).

Pour qu'un exposé soit adéquat en vertu du sous-al. 212a)(ii), il est essentiel que le jury comprenne qu'il doit y avoir intention de causer des lésions corporelles que l'accusé sait être de nature à causer la mort. L'intention de causer des lésions corporelles, sans la connaissance qu'elles sont de nature à causer la mort, est insuffisante. Vu la position de la défense en l'espèce, il était essentiel de bien comprendre cet aspect pour que le procès soit équitable.

Étrangler intentionnellement et consciemment quelqu'un pendant quelques secondes seulement pourrait constituer ou ne pas constituer des lésions corporelles au sens du sous-al. 212a)(ii). Bien que l'expression «lésions corporelles» ne soit pas définie dans cette disposition, l'art. 245.1 (maintenant l'art. 267) contient une définition qui s'applique également aux art. 245.3 (maintenant l'art. 269) et 246.2 (maintenant l'art. 272):

245.1. . . .

(2) . . . «lésions corporelles» désigne une blessure qui nuit à la santé ou au bien-être du plaignant et qui n'est pas de nature passagère ou sans importance.

Cette définition offre une certaine indication générale quant à l'interprétation de l'expression «lésions corporelles» contenue au sous-al. 212a)(ii) et montre que les lésions corporelles comprennent une vaste gamme de blessures.

Je ne soulève pas ce point pour mettre en doute le fait que l'accusé en l'espèce avait l'intention de causer des lésions corporelles. Cela a été reconnu dans la plaidoirie devant nous. Je le soulève plutôt pour souligner que l'intention de causer des lésions corporelles n'amène pas inexorablement à conclure que l'accusé savait que les lésions corporelles étaient de nature à causer la mort. C'est évidemment ce second aspect qui est essentiel à un verdict de culpabilité de meurtre en vertu du sous-al. 212a)(ii). Surtout quand il s'agit d'un acte comme saisir quelqu'un au cou, il se peut qu'il n'y

action is likely to cause death. But there comes a point in time when the wrongful conduct becomes likely to cause death. It is, in my view, at that moment or thereafter, that the accused must have a conscious awareness of the likelihood of death. This awareness need not, however, continue until death ensues.

Cooper intended to choke the deceased and cause her bodily harm. Under s. 212(a)(i), it was open to the jury to infer from his conduct and on all of the evidence that in doing so he intended to kill her. To be found guilty under s. 212(a)(ii), however, he must have been aware of the fact that he persisted in choking her long enough for it to become likely that death would ensue.

This instruction, given the particular facts of this case and the nature of the defence presented by the accused, had to be given. Additionally, the jury should have been instructed to consider the evidence of drunkenness in relation to this awareness. In my respectful view, upon a reading of the whole charge, this was not done adequately.

I would dismiss the appeal.

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

CORY J.—At issue, on this appeal, is the nature of the intent required to found a conviction for murder pursuant to s. 212(a)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 229(a)(ii)).

Factual Background

The respondent Lyndon Cooper and the deceased Deborah Careen lived in Labrador City, Newfoundland. At one time, they had been friends and lovers. On January 30, 1988, they met at a gathering place known as the K-Bar in Labrador

ait au départ aucune intention de causer la mort ni aucune connaissance que cet acte est de nature à causer la mort. Mais vient un moment où la conduite répréhensible devient susceptible de causer la mort. À mon avis, c'est à ce moment-là ou après que l'accusé doit être conscient de la probabilité de mort. Il n'est cependant pas nécessaire que cette conscience se poursuive jusqu'à ce que la mort s'ensuive.

Cooper a eu l'intention d'étrangler la victime et de lui causer des lésions corporelles. En vertu du sous-al. 212(a)(i), il était loisible au jury de déduire de sa conduite et de tous les éléments de preuve que, ce faisant, il a eu l'intention de la tuer. Cependant, pour être déclaré coupable en vertu du sous-al. 212(a)(ii), il doit avoir été conscient du fait qu'il a continué de l'étrangler suffisamment longtemps pour que son acte devienne susceptible de causer la mort.

Vu les faits particuliers de l'espèce et la nature de la défense présentée par l'accusé, cette directive devait être donnée. De plus, on aurait dû dire au jury d'examiner la preuve de l'ivresse par rapport à cette conscience. En toute déférence, il ressort de la lecture de l'ensemble de l'exposé que cela n'a pas été fait adéquatement.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

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

LE JUGE CORY—La question soulevée dans le présent pourvoi porte sur la nature de l'intention requise pour justifier une déclaration de culpabilité de meurtre conformément au sous-al. 212(a)(ii) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, sous-al. 229a)(ii)).

Les faits

L'intimé Lyndon Cooper et la victime Deborah Careen vivaient à Labrador City (Terre-Neuve). À une certaine époque, ils avaient été amis et amants. Le 30 janvier 1988, ils se sont rencontrés dans un endroit appelé le K-Bar à Labrador City. Même si

City. Although by this time, the respondent was living with somebody else, they spent the evening together at the bar. There is no doubt that they consumed a considerable amount of alcohol. Eventually, Cooper, the deceased and a mutual friend left the bar in a taxi. After they dropped off the friend they continued in the cab to the residence of another of Cooper's friends where he borrowed a Jeep. Cooper then drove the deceased to the secluded parking lot of a power station.

At the parking lot the respondent testified that he and the deceased engaged in some form of consensual sexual activity. He said that they began to argue at one point and that the deceased struck him. At this he became angry. He hit the deceased and grabbed her by the throat with both hands and shook her. He stated that this occurred in the front seat of the Jeep. He then said that he could recall nothing else until he woke in the back seat and found the body of the deceased beside him. He had no recollection of causing her death. He pushed her body out of the Jeep and drove away. Later during the drive to his home he found one of her shoes in the vehicle and threw it out the window into the snow.

The expert evidence established that the deceased had in fact been struck twice. However, these blows could not have killed her. Rather death was caused by "a classic pattern of one-handed manual strangulation". That same evidence confirmed that death by strangulation can occur as quickly as 30 seconds after contact with the throat and that a drunken victim is likely to die from asphyxiation more quickly than a sober one. Nonetheless, the presence of petechial haemorrhages on the neck of the deceased and the finding that the hyoid bone in her throat was not fractured suggested to the expert that death occurred rather more slowly, probably after two minutes of pressure.

The position of the defence was that the respondent was so drunk that he blacked out shortly after he started shaking her with both hands. Thus, it

à ce moment-là l'intimé vivait avec quelqu'un d'autre, ils ont passé la soirée ensemble au bar. Il est certain qu'ils ont consommé une quantité considérable d'alcool. Finalement, Cooper, la victime et un ami commun ont quitté le bar et ont pris un taxi. Après avoir déposé leur ami, ils ont poursuivi leur course jusqu'à la résidence d'un autre ami de Cooper à qui il a emprunté une Jeep. Cooper a ensuite conduit la victime au terrain de stationnement retiré d'une centrale électrique.

L'intimé a témoigné que, dans le stationnement, il avait eu avec le consentement de la victime une certaine forme de rapports sexuels avec elle. Il a dit qu'ils ont commencé à se disputer à un moment donné et que la victime l'a frappé. Ce geste l'a mis en colère. Il a frappé la victime, l'a saisie à la gorge avec les deux mains et l'a secouée. Il a dit que cela s'était produit sur le siège avant de la Jeep. Il a ensuite dit qu'il ne se souvenait plus de rien jusqu'à ce qu'il s'éveille sur le siège arrière et trouve le corps de la victime à ses côtés. Il ne se souvenait pas de l'avoir tuée. Il a jeté son corps hors de la Jeep et a démarré. Plus tard, en se rendant à sa maison, il a trouvé un des souliers de la victime dans le véhicule et l'a jeté par la fenêtre dans la neige.

Il ressort du témoignage des experts que la victime avait, en fait, été frappée deux fois. Toutefois, ces coups ne pouvaient l'avoir tuée. Le décès résultait plutôt [TRADUCTION] «du scénario classique de l'étranglement d'une seule main». Dans ce même témoignage, on a confirmé que le décès causé par étranglement peut se produire à peine dans les 30 secondes suivant la prise à la gorge et qu'une victime en état d'ébriété est susceptible de succomber par asphyxie plus rapidement qu'une personne sobre. Néanmoins, la présence d'hémorragies pétéchiiales sur le cou de la victime et la conclusion qu'il n'y avait pas fracture de l'os hyoïde dans sa gorge a permis aux experts de déduire que le décès était survenu plus lentement, probablement suite à une pression de deux minutes.

La défense a adopté la position selon laquelle l'intimé était tellement ivre qu'il a perdu conscience peu après avoir commencé à la secouer avec

was said that the respondent did not have (i) the required intent to commit murder, or (ii) alternatively did not foresee that holding someone by the neck was likely to cause death.

Courts Below

Newfoundland Supreme Court

O'Regan J. withdrew the first degree murder charge from the jury. He left open to them three possible verdicts; not guilty, guilty of second degree murder or guilty of manslaughter. He explained that s. 212(a)(ii) of the *Criminal Code* dealt with those situations where an accused intended to cause bodily harm knowing that it was likely to cause death. At one point, the jury asked for further instruction with regard to the difference between second degree murder and manslaughter. O'Regan J. advised that once the accused had formed the intent to cause her bodily harm which he knew would likely cause her death, he need not be aware of what he was doing at the moment she actually died. The jury convicted the respondent of second degree murder.

Newfoundland Court of Appeal (1991), 89 Nfld. & P.E.I.R. 1

The Court of Appeal concluded that the trial judge dealt quite properly with the issue of intoxication and adequately reviewed the evidence during the course of his charge to the jury. However, Gushue J.A., writing on behalf of the court, held that the trial judge had not adequately explained the intent required for murder. He expressed the view that the trial judge had not complied with the reasons of this Court given in *R. v. Nygaard*, [1989] 2 S.C.R. 1074. Gushue J.A. put his position in this way at p. 5:

Further, was it established beyond a reasonable doubt that he "persist(ed) in that conduct despite the knowledge of the risk". While from the forensic evidence it

ses deux mains. Ainsi, on a dit que l'intimé n'avait pas (i) l'intention requise pour commettre un meurtre ou (ii) subsidiairement, qu'il n'avait pas prévu que le fait de tenir quelqu'un par le cou était de nature à causer la mort.

Les tribunaux d'instance inférieure

Cour suprême de Terre-Neuve

Le juge O'Regan n'a pas soumis à l'appréciation du jury l'accusation de meurtre au premier degré. Il lui a laissé la possibilité de rendre trois verdicts; non coupable, coupable de meurtre au deuxième degré ou coupable d'homicide involontaire coupable. Il a expliqué que le sous-al. 212a)(ii) du *Code criminel* traitait des situations où un accusé a eu l'intention de causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort. À un moment donné, le jury a demandé des directives supplémentaires concernant la différence entre le meurtre au deuxième degré et l'homicide involontaire coupable. Le juge O'Regan a dit que du moment que l'accusé avait formé l'intention de causer à la victime des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer sa mort, il n'était pas nécessaire qu'il soit conscient de ce qu'il faisait au moment où elle est effectivement décédée. Le jury a déclaré l'intimé coupable de meurtre au deuxième degré.

La Cour d'appel de Terre-Neuve (1991), 89 Nfld. & P.E.I.R. 1

La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait traité tout à fait correctement de la question de l'intoxication et qu'il avait examiné adéquatement la preuve dans le cadre de son exposé au jury. Toutefois, le juge Gushue a conclu, au nom de la cour, que le juge du procès n'avait pas donné d'explications adéquates au sujet de l'intention requise pour le meurtre. Il a exprimé l'opinion que le juge du procès ne s'était pas conformé aux motifs de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Nygaard*, [1989] 2 R.C.S. 1074. Le juge Gushue a expliqué sa position en ces termes, à la p. 5:

[TRADUCTION] En outre, il a été établi hors de tout doute raisonnable qu'il avait «persist(é) dans cette conduite, malgré la connaissance du risque». Bien qu'il res-

appears the appellant persisted in his conduct, was continuing awareness on his part of what he was doing and its probable result established? [Emphasis in original.]

He concluded that:

A simple reading of what the Supreme Court said in this regard in *Nygaard* makes it very clear that an extremely high degree of knowledge by an accused of what he is doing and persisting in must be demonstrated before the requisite intent may be found to exist.

The Court of Appeal set aside the conviction and directed that a new trial be held.

Analysis

The Nature of the Intent Required to Secure a Conviction Under s. 212(a)(ii).

Section 212(a)(ii) provides:

212. Culpable homicide is murder

(a) where the person who causes the death of a human being

. . . .

(ii) means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and is reckless whether death ensues or not;

This section was considered in *R. v. Nygaard, supra*. On the issue of the requisite intent the Court was unanimous. At pages 1087-88, it was said:

The essential element is that of intending to cause bodily harm of such a grave and serious nature that the accused knew that it was likely to result in death of the victim. The aspect of recklessness is almost an afterthought

The aspect of recklessness can be considered an afterthought since to secure a conviction under this section it must be established that the accused had the intent to cause such grievous bodily harm that he knew it was likely to cause death. One who causes bodily harm that he knows is likely to cause death must, in those circumstances, have a deliberate disregard for the fatal consequences which are

sorte de la preuve médico-légale que l'appelant a persisté dans sa conduite, sa conscience continue de ce qu'il faisait et de sa conséquence probable a-t-elle été démontrée? [Souligné dans l'original.]

^a Il a conclu que:

[TRADUCTION] Il ressort très clairement d'une simple lecture de ce que la Cour suprême a dit à ce sujet dans l'arrêt *Nygaard* qu'il faut démontrer un degré extrêmement élevé de connaissance par un accusé de ce qu'il faisait et de ce qu'il persistait à faire pour qu'on puisse conclure à l'existence de l'intention requise.

^c La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Analyse

^d *La nature de l'intention requise pour entraîner une déclaration de culpabilité aux termes du sous-al. 212a)(ii).*

Voici le texte du sous-al. 212a)(ii):

212. L'homicide coupable est un meurtre

^e a) lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain

. . . .

(ii) a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non;

^g Cette disposition a été examinée dans l'arrêt *R. c. Nygaard*, précité. La Cour a été unanime quant à la question de l'intention requise. Aux pages 1087 et 1088, on dit:

^h L'élément essentiel est celui de l'intention de causer des lésions corporelles tellement graves que l'accusé savait qu'elles étaient de nature à causer la mort de la victime. [. . . L]'aspect de l'insouciance constitue presque une pensée après coup.

ⁱ L'aspect de l'insouciance peut être considéré comme une pensée après coup car, pour entraîner une déclaration de culpabilité aux termes de cette disposition, il faut démontrer que l'accusé avait l'intention de causer des lésions corporelles si graves qu'il savait qu'elles étaient de nature à causer la mort. La personne qui cause des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer la mort

known to be likely to occur. That is to say he must, of necessity, be reckless whether death ensues or not.

The concept of recklessness was considered by this Court in *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570. At page 582 it was said

[Recklessness] is found in the attitude of one who, aware that there is danger that his conduct could bring about the result prohibited by the criminal law, nevertheless persists, despite the risk. It is, in other words, the conduct of one who sees the risk and who takes the chance.

The same words can apply to s. 212(a)(ii) with this important addition: it is not sufficient that the accused foresee simply a danger of death, the accused must foresee a likelihood of death flowing from the bodily harm that he is occasioning the victim.

It is for this reason that it was said in *Nygaard* that there is only a "slight relaxation" in the *mens rea* required for a conviction for murder under s. 212(a)(ii) as compared to s. 212(a)(i). The position was put in this way at p. 1089:

... [where] two accused form the intent to repeatedly and viciously strike a person in the head with a baseball bat realizing full well that the victim will probably die as a result. Nonetheless they continue with the bone-splintering, skull-shattering assault. The accused ... must have committed as grave a crime as the accused who specifically intends to kill. ... I would conclude that the crime defined in s. 212(a)(ii) [now 229(a)(ii)] can properly be described as murder and on a "culpability scale" it varies so little from s. 212(a)(i) as to be indistinguishable.

The intent that must be demonstrated in order to convict under s. 212(a)(ii) has two aspects. There must be (a) subjective intent to cause bodily harm; (b) subjective knowledge that the bodily harm is of such a nature that it is likely to result in death. It is

doit, dans ces circonstances, ignorer délibérément les conséquences fatales qu'elle sait de nature à se produire. C'est à dire qu'elle doit nécessairement se soucier peu que la mort s'ensuive ou non.

Notre Cour a examiné la notion d'insouciance dans *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570. À la page 582, on dit:

[L'insouciance] se trouve dans l'attitude de celui qui, conscient que sa conduite risque d'engendrer le résultat prohibé par le droit criminel, persiste néanmoins malgré ce risque. En d'autres termes, il s'agit de la conduite de celui qui voit le risque et prend une chance.

Les mêmes mots peuvent s'appliquer au sous-al. 212a)(ii) avec cet ajout important: il ne suffit pas que l'accusé prévoie simplement un risque de décès, l'accusé doit prévoir la probabilité que le décès résulte des lésions corporelles qu'il inflige à la victime.

C'est pour cette raison qu'on a dit dans l'arrêt *Nygaard* qu'il n'y a qu'un «léger assouplissement» dans la *mens rea* requise pour une déclaration de culpabilité de meurtre en vertu du sous-al. 212a)(ii) par rapport au sous-al. 212a)(i). Cette position est énoncée de la manière suivante à la p. 1089:

... [lorsque] deux personnes ont l'intention de frapper à plusieurs reprises et avec violence une personne à la tête avec un bâton de baseball sachant fort bien que la victime en mourra probablement. Ils continuent néanmoins à lui briser les os et à lui fracasser le crâne. [...] Les] accusés ont certainement commis un crime aussi grave que celui qui a l'intention spécifique de tuer. [...] Je suis d'avis de conclure que le crime défini au sous-al. 212a)(ii) [maintenant le sous-al. 229a)(ii)] peut être correctement décrit comme un meurtre et, sur une «échelle de culpabilité», il se différencie tellement peu du crime prévu au sous-al. 212a)(i) qu'il ne peut en être distingué.

L'intention qui doit être démontrée en vue d'en traîner une déclaration de culpabilité aux termes du sous-al. 212a)(ii) comporte deux aspects. Il doit y avoir a) une intention subjective de causer des lésions corporelles; b) une connaissance subjective

only when those two elements of intent are established that a conviction can properly follow.

What Degree of Concurrency is Required Between the Wrongful Act and the Requisite Mens Rea?

There can be no doubt that under the classical approach to criminal law it is the intent of the accused that makes the wrongful act illegal. It is that intent which brings the accused within the sphere of blameworthiness and justifies the penalty or punishment which is imposed upon him for the infraction of the criminal law. The essential aspect of *mens rea* and the absolute necessity that it be present in the case of murder was emphasized by Lamer J. (as he then was) in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636. At p. 653 he stated:

It may well be that, as a general rule, the principles of fundamental justice require proof of a subjective *mens rea* with respect to the prohibited act, in order to avoid punishing the "morally innocent".

The essential element of a subjectively guilty mind in order to convict a person of murder was again emphasized in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633.

However, not only must the guilty mind, intent or *mens rea* be present, it must also be concurrent with the impugned act. Professor D. Stuart has referred to this as "the simultaneous principle": see *Canadian Criminal Law* (2nd ed. 1987), at p. 305. The principle has been stressed in a number of cases. For example in *R. v. Droste* (1979), 49 C.C.C. (2d) 52 (Ont. C.A.), the accused had intended to murder his wife by pouring gasoline over the interior of the car and setting fire to it while she was within it. Before he could light the gasoline the car crashed into a bridge and ignited prematurely. As a result both his children were killed rather than his wife. He was charged with their murder and convicted. On appeal Arnup J.A., speaking for the Court of Appeal in directing a new trial, stated at pp. 53-54:

que les lésions corporelles sont de nature à causer la mort. Ce n'est que lorsque ces deux éléments de l'intention sont démontrés qu'il peut à bon droit y avoir déclaration de culpabilité.

^a *Quel degré de concomitance est nécessaire entre l'acte répréhensible et la mens rea requise?*

Il ne saurait y avoir de doute que, selon la conception classique du droit criminel, c'est l'intention de l'accusé qui rend illégal l'acte répréhensible. C'est cette intention qui rend l'accusé digne d'être blâmé et justifie la peine qui lui est imposée relativement à l'infraction au droit criminel. L'aspect essentiel de la *mens rea* et la nécessité absolue qu'il soit présent dans le cas de meurtre ont été soulignés par le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. Il affirme, à la p. 653:

Il se peut bien qu'en règle générale les principes de justice fondamentale exigent la preuve d'une *mens rea* subjective à l'égard de l'acte prohibé, afin d'éviter de punir «celui qui est moralement innocent».

^e L'élément essentiel d'une intention subjectivement coupable pour qu'une personne soit déclarée coupable de meurtre a de nouveau été souligné dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633.

^f Toutefois, non seulement doit-il y avoir intention coupable ou *mens rea*, mais il doit y avoir concomitance avec l'acte reproché. Le professeur D. Stuart a mentionné cela comme étant le [TRANSDUCTION] «principe de la simultanéité»; voir *Canadian Criminal Law* (2e éd. 1987), à la p. 305. Ce principe a été souligné dans un certain nombre d'affaires. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Droste* (1979), 49 C.C.C. (2d) 52 (C.A. Ont.), l'accusé avait voulu assassiner son épouse en arrosant d'essence l'intérieur de la voiture et en l'enflammant alors qu'elle y prenait place. Avant qu'il ait pu enflammer l'essence, la voiture est entrée en collision avec un pont et a pris feu prématurément. En conséquence, ses deux enfants sont décédés plutôt que son épouse. Il a été accusé du meurtre de ceux-ci et déclaré coupable. En appel, le juge Arnup, s'exprimant au nom de la Cour d'appel qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès, a affirmé aux pp. 53 et 54:

... the trial Judge did not instruct the jury of the necessity of the Crown showing that at the time of the occurrence at the bridge, the appellant, intending to kill his wife, had done an act with that intention, and in the course of doing so his children were killed. In short, he did not tell them that the *mens rea* and the *actus reus* must be concurrent. ... [Emphasis added.]

Yet, it is not always necessary for the guilty act and the intent to be completely concurrent. See for example *Fagan v. Metropolitan Police Commissioner*, [1968] 3 All E.R. 442 (Q.B.). In that case a motorist stopped his car on the foot of a police officer. This was apparently done by accident. When the officer, not unreasonably, asked the accused to move the car, he at first refused but eventually did move on. It was determined that while the first action of stopping was innocent of criminal intent, it acquired the necessary *mens rea* when the accused was made aware that the car was resting on the officer's foot and still refused to move. James J. concurring in the result stated at p. 445:

It is not necessary that *mens rea* should be present at the inception of the *actus reus*; it can be superimposed on an existing act.

There is, then, the classic rule that at some point the *actus reus* and the *mens rea* or intent must coincide. Further, I would agree with the conclusion of James J. that an act (*actus reus*) which may be innocent or no more than careless at the outset can become criminal at a later stage when the accused acquires knowledge of the nature of the act and still refuses to change his course of action.

The determination of whether the guilty mind or *mens rea* coincides with the wrongful act will depend to a large extent upon the nature of the act. For example, if the accused shot the victim in the head or stabbed the victim in the chest with death ensuing a few minutes after the shooting or stabbing, then it would be relatively easy to infer that the requisite intent or *mens rea* coincided with the

[TRADUCTION] ... le juge du procès n'a pas dit au jury qu'il était nécessaire que le ministère public démontre qu'au moment de l'accident contre le pont, l'appelant, qui avait l'intention de tuer son épouse, avait accompli un acte dans ce but, et que c'est dans l'accomplissement de cet acte que ses enfants ont été tués. Bref, il ne lui a pas dit que la *mens rea* et l'*actus reus* doivent être concomitants. ... [Je souligne.]

Toutefois, il n'est pas toujours nécessaire que l'acte coupable et l'intention soient complètement concomitants. Voir, par exemple, la décision *Fagan c. Metropolitan Police Commissioner*, [1968] 3 All E.R. 442 (B.R.). Dans cette affaire, un automobiliste a immobilisé sa voiture sur le pied d'un agent de police. Cela s'est apparemment produit par accident. Lorsque le policier a demandé, non sans raison, à l'accusé de déplacer l'automobile, celui-ci a d'abord refusé puis a fini par le faire. On a déterminé que même s'il n'y avait pas eu d'intention criminelle dans la première action consistant à immobiliser le véhicule, la *mens rea* nécessaire a commencé à exister lorsque l'accusé est devenu au courant du fait que l'auto reposait sur le pied du policier et a tout de même refusé de la déplacer. Le juge James, qui a souscrit au résultat, a dit, à la p. 445:

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire qu'il y ait *mens rea* au début de l'*actus reus*; elle peut être superposée à un acte existant.

Il y a ensuite la règle classique selon laquelle, à un moment donné, l'*actus reus* et la *mens rea* ou l'intention doivent coïncider. En outre, je souscris à la conclusion du juge James qu'un acte (*actus reus*) qui peut être innocent ou tout au plus irréfléchi à l'origine peut devenir criminel à une étape ultérieure lorsque l'accusé prend connaissance de la nature de l'acte et refuse quand même de modifier sa façon d'agir.

La réponse à la question de savoir si l'intention coupable ou *mens rea* coïncide avec l'acte répréhensible dépendra dans une large mesure de la nature de l'acte. Par exemple, si l'accusé a tiré la victime à la tête ou l'a poignardée à la poitrine et que la victime est décédée quelques minutes plus tard, il serait alors relativement facile de déduire que l'intention ou la *mens rea* requise coïncidait

wrongful act (*actus reus*) of shooting or stabbing. As well, a series of acts may form part of the same transaction. For example the repeated blows of the baseball bat continuing over several minutes are all part of the same transaction. In those circumstances if the requisite intent coincides at any time with the sequence of blows then that could be sufficient to found a conviction.

An example of a series of acts that might be termed a continuous transaction appears in *Meli v. The Queen*, [1954] 1 W.L.R. 228 (P.C.). There the accused intended to kill the deceased, and to this end struck a number of blows. The effect of the blows was such that the accused thought the victim was dead and threw the body over a cliff. However, it was not the blows but rather the exposure suffered by the victim while he lay at the base of the cliff that resulted in the death. It was argued on behalf of the accused that when there was the requisite *mens rea* (during the beating) death did not ensue and when death did ensue there was no longer any intention to kill. The Judicial Committee of the Privy Council concluded that the entire episode was one continuing transaction that could not be subdivided in that way. At some point, the requisite *mens rea* coincided with the continuing series of wrongful acts that constituted the transaction. As a result, the conviction for murder was sustained. I agree with that conclusion.

Application of the "Contemporaneous" Principles to This Case

Gushue J.A. indicated that persisting or continuing knowledge by the accused that the act he was performing was likely to cause death was required in order to obtain a conviction. He wrote at p. 5:

A simple reading of what the Supreme Court said in this regard in *Nygaard* makes it very clear that an extremely high degree of knowledge by an accused of what he is doing and persisting in must be demonstrated before the

avec l'acte répréhensible (*actus reus*) que constitue le fait de tirer un coup de feu ou de poignarder. De même, une série d'actes peuvent faire partie de la même opération. Par exemple, les coups répétés de bâton de baseball pendant plusieurs minutes font tous partie de la même opération. Dans ces circonstances, si l'intention requise coïncide à quelque moment que ce soit avec la série de coups, cela pourrait alors être suffisant pour justifier une déclaration de culpabilité.

Dans l'arrêt *Meli c. The Queen*, [1954] 1 W.L.R. 228 (C.P.), on trouve un exemple d'une série d'actes qui pourrait être qualifiée d'opération continue. Dans cette affaire, l'accusé avait l'intention de tuer la victime et, dans ce but, lui a asséné un certain nombre de coups. Les coups assenés étaient tels que l'accusé a cru que la victime était décédée et l'a jetée du haut d'une falaise. Toutefois, ce ne sont pas les coups qui ont causé la mort mais plutôt l'exposition aux éléments qu'a subie la victime alors qu'elle reposait au pied de la falaise. On a soutenu pour le compte de l'accusé que lorsqu'il avait la *mens rea* requise (lorsque les coups ont été assenés) il n'y a pas eu décès, mais que, lorsque le décès est survenu, il n'y avait plus d'intention de causer la mort. Le comité judiciaire du Conseil privé a conclu que l'ensemble de cet épisode constituait une seule opération continue qui ne pouvait être subdivisée de cette façon. À un certain point, la *mens rea* requise a coïncidé avec la suite d'actes répréhensibles qui constituaient l'opération. En conséquence, la déclaration de culpabilité de meurtre a été maintenue. Je suis d'accord avec cette conclusion.

Application des principes du «caractère contemporain» à l'espèce

Le juge Gushue a indiqué que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, il était nécessaire que l'accusé ait une connaissance persistante et continue que l'acte qu'il accomplissait était de nature à causer la mort. Il écrit, à la p. 5:

[TRADUCTION] Il ressort très clairement d'une simple lecture de ce que la Cour suprême a dit à ce sujet dans l'arrêt *Nygaard* que, pour conclure à l'existence de l'intention requise, il faut démontrer un degré extrêmement

requisite intent may be found to exist. [Emphasis added.]

Yet, with respect, I do not think that it is always necessary that the requisite *mens rea* (the guilty mind, intent or awareness) should continue throughout the commission of the wrongful act. There is no question that in order to obtain a conviction the Crown must demonstrate that the accused intended to cause bodily harm that he knew was ultimately so dangerous and serious that it was likely to result in the death of the victim. But that intent need not persist throughout the entire act of strangulation. When Cooper testified that he seized the victim by the neck, it was open to the jury to infer that by those actions he intended to cause her bodily harm that he knew that was likely to cause her death. Since breathing is essential to life, it would be reasonable to infer that the accused knew that strangulation was likely to result in death. I would stress that the jury was, of course, not required to make such an inference but, on the evidence presented, it was open to them to do so.

Did the accused possess such a mental state after he started strangling the victim? Here death occurred between 30 seconds and 2 minutes after he grabbed her by the neck. It could be reasonably inferred by the jury that, when the accused grabbed the victim by the neck and shook her, there was, at that moment, the necessary coincidence of the wrongful act of strangulation and the requisite intent to do bodily harm that the accused knew was likely to cause her death. Cooper was aware of these acts before he "blacked out". Thus although the jury was under no compulsion to do so, it was nonetheless open to them to infer that he knew that he was causing bodily harm and knew that it was so dangerous to the victim that it was likely to cause her death. It was sufficient that the intent and the act of strangulation coincided at some point. It was not necessary that the requisite intent continue throughout the entire two minutes required to cause the death of the victim.

élevé de connaissance par un accusé de ce qu'il faisait et de ce qu'il persistait à faire. [Je souligne.]

Pourtant, en toute déférence, je ne crois pas qu'il soit toujours nécessaire que la *mens rea* requise (l'intention ou la conscience coupable) doive continuer d'exister pendant toute la perpétration de l'acte répréhensible. Il est certain que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, le ministère public doit démontrer que l'accusé avait l'intention de causer des lésions corporelles qu'il savait être en fin de compte à ce point dangereuses et graves qu'elles étaient de nature à causer la mort de la victime. Toutefois, il n'est pas nécessaire que cette intention existe pendant toute la durée de l'étranglement. Lorsque Cooper a témoigné qu'il avait saisi la victime au cou, il était loisible au jury de déduire que par ces actes il avait l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort. Étant donné que la respiration est essentielle à la vie, il serait raisonnable de déduire que l'accusé savait que l'étranglement était susceptible d'entraîner la mort. J'insisterais sur le fait qu'il n'était évidemment pas nécessaire que le jury fasse cette déduction, mais, selon la preuve présentée, il lui était loisible de le faire.

L'accusé était-il dans un tel état d'esprit après avoir commencé à étrangler la victime? En l'espèce, le décès est survenu entre 30 secondes et 2 minutes après l'avoir saisie au cou. Le jury pouvait raisonnablement déduire que, lorsque l'accusé a saisi la victime au cou et l'a secouée, il y avait, à ce moment-là, la coïncidence nécessaire entre l'acte répréhensible de l'étranglement et l'intention requise de causer des lésions corporelles que l'accusé savait être de nature à causer la mort de la victime. Cooper avait connaissance de ces actes avant de «perdre conscience». Ainsi, même si le jury n'était nullement tenu de le faire, il lui était néanmoins loisible de déduire que l'accusé savait qu'il causait des lésions corporelles et qu'il savait qu'elles étaient dangereuses pour la victime au point d'être susceptibles de causer sa mort. Il était suffisant qu'il y ait coïncidence entre l'intention et l'étranglement à un moment donné. Il n'était pas nécessaire que l'intention requise continue d'exister tout au long des deux minutes nécessaires pour causer la mort de la victime.

Gushue J.A. in his reasons relied upon and stressed the following quotation from *R. v. Nygaard, supra*, at p. 1088

Thus the section requires the accused to intend to cause the gravest of bodily harm that is so dangerous and serious that he knows it is likely to result in death and to persist in that conduct despite the knowledge of the risk. [Emphasis added.]

The emphasized words refer to the conduct of an accused. Those words should not be taken as requiring a persistent or continued awareness of a likelihood of death right up to the moment of death or until the precise moment when it is established that death was likely to occur. Once it is demonstrated beyond a reasonable doubt that an accused has knowingly caused bodily harm that he knew was likely to cause the death of the victim and the victim dies as a result of the injuries inflicted, then he may be found guilty of murder under s. 212(a)(ii).

The Court of Appeal asked, at p. 5, whether “continuing awareness on his part of what he was doing and its probable result [was] established”. The accused argued that in using this expression the Court of Appeal was not going so far as to require the presence of a continuous intent up to the moment of death. Rather, he contended that the court was merely stating that in order for there to be a conviction under this section the *mens rea* must be present at or after the point at which it becomes likely the death will ensue. It was his position that if the intent to cause bodily harm that the accused knew was likely to cause death should disappear before the point was reached at which death became likely then the accused could not be found guilty. He stated that it was only at this point that the *mens rea* and *actus reus* could coalesce into the crime described in s. 212(a)(ii).

This argument should not be accepted. It would require the Crown to provide expert evidence as to the moment at which death physiologically became a likelihood. It would be impossible to fix the time

Le juge Gushue a, dans ses motifs, invoqué et souligné le passage suivant de l’arrêt *R. c. Nygaard*, précité, à la p. 1088:

Par conséquent, l’article exige que l’accusé ait l’intention de causer les lésions corporelles les plus graves, tellement dangereuses et sérieuses qu’il sait qu’elles risquent de causer la mort, et qu’il persiste dans cette conduite, malgré la connaissance du risque. [Je souligne.]

Les termes soulignés visent la conduite d’un accusé. Ces termes ne devraient pas être interprétés comme exigeant une conscience persistante ou continue de la probabilité que le décès survienne jusqu’au moment où il se produit ou jusqu’au moment précis où il est établi que le décès était susceptible de se produire. Dès que l’on démontre hors de tout doute raisonnable qu’un accusé a sciemment causé des lésions corporelles qu’il savait être de nature à causer la mort de la victime et que la victime décède par suite des lésions infligées, celui-ci peut alors être déclaré coupable de meurtre aux termes du sous-al. 212a)(ii).

La Cour d’appel s’est demandé, à la p. 5, si [TRADUCTION] «sa conscience continue de ce qu’il faisait et de sa conséquence probable [avait] été démontrée?» L’accusé a fait valoir qu’en utilisant cette expression, la Cour d’appel n’allait pas jusqu’à exiger la présence d’une intention continue jusqu’au moment du décès. Plutôt, il a soutenu que la cour disait simplement que, pour qu’il y ait déclaration de culpabilité aux termes de cet article, la *mens rea* doit exister au moment où il devient probable que le décès s’ensuivra ou après ce moment. Il s’est dit d’avis que si l’intention de causer des lésions corporelles que l’accusé savait de nature à causer la mort devait disparaître avant le moment où le décès devient susceptible de se produire, alors l’accusé ne pourrait être déclaré coupable. Il a dit que c’est seulement à ce moment-là que la *mens rea* et l’*actus reus* pourraient se fusionner dans le crime décrit au sous-al. 212a)(ii).

Cet argument ne devrait pas être retenu. Il exigerait que le ministère public fournisse une preuve d’expert quant au moment où il est devenu physiologiquement vraisemblable que le décès se produi-

of the “likelihood” of death and difficult to provide evidence as to the duration of the requisite intent of the accused. That cannot be the meaning of this section. Neither the plain wording of this section nor any concept of fairness require the Crown to demonstrate such a complex chronological sequence. In order to obtain a conviction under s. 212(a)(ii) the Crown must prove that the accused caused and intended to cause bodily harm that he knew was likely to cause the death of the victim. If death results from a series of wrongful acts that are part of a single transaction then it must be established that the requisite intent coincided at some point with the wrongful acts.

On this issue the trial judge correctly instructed the jury when he stated:

When he grabbed her by the neck and shook her, did he intend to cause her bodily harm, which he knew was likely to cause her death and was reckless whether death ensued or not. In other words, he wouldn't have to be there until she died He could formulate all of that intent at that point in time, even though he doesn't remember the final outcome.

It was on this ground that the Court of Appeal directed the new trial. Although it can never be determinative of the issue, it is significant that defence counsel at trial took no objection to this or any other aspect of the charge. In any event for the reasons set out earlier, I must disagree with the Court of Appeal's conclusion on this issue. A new trial should not have been granted on this ground.

The Knowledge of the Likelihood of Death

The respondent seeks to uphold the order directing a new trial on two other grounds. The first, and the more important of these, is the issue raised before the Court of Appeal that the trial judge did not adequately instruct the jury that the Crown must establish that Cooper knew that the

rait. Il serait impossible de fixer le moment de la «probabilité» du décès et difficile de fournir un élément de preuve quant à la durée de l'intention requise de l'accusé. Cela ne saurait être le sens de cette disposition. Ni la formulation claire de cet article, ni un concept quelconque d'équité n'exigent que le ministère public démontre une séquence chronologique aussi complexe. Pour obtenir une déclaration de culpabilité aux termes du sous-al. 212a)(ii), le ministère public doit prouver que l'accusé a causé intentionnellement des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort de la victime. Si le décès résulte d'une série d'actes répréhensibles faisant partie d'une seule opération, il faut alors démontrer que l'intention requise a, à un moment donné, coïncidé avec les actes répréhensibles.

À ce sujet, le juge du procès a donné des directives appropriées au jury lorsqu'il a dit:

[TRADUCTION] Quand il l'a saisie au cou et l'a secouée, avait-il l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort et lui était-il indifférent que la mort s'ensuive ou non? En d'autres termes, il n'aurait pas à être présent jusqu'à ce qu'elle décède. [. . .] Il pouvait formuler toute cette intention à ce moment précis, même s'il ne se souvient pas du résultat final.

C'est pour ce motif que la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Bien que cela ne puisse jamais être déterminant, il est révélateur que l'avocat de la défense au procès ne se soit pas opposé à cette directive ou à tout autre aspect de l'exposé. De toute façon, pour les motifs déjà énoncés, j'exprime mon désaccord avec la conclusion de la Cour d'appel sur ce point. Un nouveau procès n'aurait pas dû être accordé pour ce motif.

La connaissance de la probabilité que la mort s'ensuive

L'intimé cherche à faire confirmer l'ordonnance enjoignant de tenir un nouveau procès, pour deux autres motifs. Le premier et le plus important est la question soulevée devant la Cour d'appel selon laquelle le juge du procès n'a pas adéquatement informé le jury que le ministère public doit

bodily injury that he was inflicting was likely to cause the death of the victim. I cannot agree with that contention.

It is true that from one or two excerpts from the charge the jury could have inferred that an intent to cause bodily harm was all that was required in order to convict. Yet on numerous occasions the trial judge stated and repeated that the jurors had to be satisfied beyond a reasonable doubt that Cooper meant to cause bodily harm that he knew was likely to cause death and was reckless whether death ensued or not. If there was any question as to the adequacy of the charge it was put to rest by the trial judge's reply to a question from the jury enquiring as to the difference between second degree murder and manslaughter. At that time, when the jury's mind was focused upon this very issue, the trial judge adequately instructed the jury as to the intent the Crown was required to establish in order to convict under s. 212(a)(i) or 212(a)(ii).

The following portions of the response to the question are significant.

The things that you have to remember, we need, in order to have anything, we need an unlawful act. I said I don't think you will have any difficulty in finding an unlawful act. The unlawful act has to be done by the accused and there has to be a deceased. So, take that out, let's assume we have an unlawful act. Then you have murder, second-degree murder if the accused, the person who did it, means to cause death or means to cause bodily harm that he knows is likely to cause death and is reckless whether death ensues or not.

Not only do you need intention, but you need the capability of forming the intent. You have to be capable of intending. This is where drunkenness comes in, whether or not he was capable of forming the intent. Even if he is capable for forming the intent, he has to intend it. The intent of a person can come from his actions, or from what he says. You can infer certain intention, but you

démontrer que Cooper savait que les lésions corporelles qu'il infligeait étaient de nature à causer la mort de la victime. Je ne puis accepter cet argument.

Il est vrai qu'un ou deux extraits de l'exposé au jury auraient pu amener à déduire que seule l'intention de causer des lésions corporelles était nécessaire pour qu'il y ait déclaration de culpabilité. Toutefois, le juge du procès a maintes fois dit et répété que les jurés devaient être convaincus hors de tout doute raisonnable que Cooper avait l'intention de causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Tout doute quant au caractère adéquat de l'exposé a été dissipé par la réponse que le juge du procès a donnée à une question du jury concernant la différence entre le meurtre au deuxième degré et l'homicide involontaire coupable. À ce moment, alors que le jury se concentrait sur cette question précise, le juge du procès lui a donné des directives adéquates sur la question de l'intention que le ministère public était tenu de démontrer pour qu'il y ait déclaration de culpabilité aux termes du sous-al. 212a(i) ou 212a(ii).

Les parties suivantes de la réponse à la question sont importantes.

[TRADUCTION] Vous devez vous rappeler que pour avoir quelque chose il doit y avoir un acte illégal. Je dis que je ne crois pas que vous aurez de la difficulté à trouver un acte illégal. L'acte illégal doit avoir été accompli par l'accusé et il doit y avoir une personne décédée. Alors, retenez ceci, présumons qu'il y a un acte illégal. Alors il y a un meurtre, au deuxième degré si la personne qui en est l'auteur, a l'intention de causer la mort ou a l'intention de causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer la mort et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non.

Non seulement doit-il y avoir une intention, mais encore il doit y avoir capacité de former l'intention. Il faut être capable de former une intention. C'est là que l'état d'ébriété entre en jeu, était-il en mesure de former l'intention? Même s'il était capable de former l'intention, il devait avoir cette intention. L'intention d'une personne peut se déduire de ses actes ou de ses paroles. On peut

always have to give the doubt to the accused. Now, in relation to intention, the Crown has to prove the intention beyond a reasonable doubt. And the onus is on the Crown to do that and it never shifts. Manslaughter, the second one, doesn't require intention. Manslaughter only requires the unlawful act and there is no intention necessary.

Two things we need for intent is we need the capability of forming the intent. It has to be a specific intent. You know, a person has to say, I intend, subjectively. And, you have to be capable of doing that. Drunkenness can reduce that capability. But even if a person was drunk, they could still be capable of intending their actions, but you still have to find that he intended the actions. Capability plus intent. But, even if there is no intent and no capability, and you find by the unlawful act that the deceased died, which was the grabbing, then it is manslaughter. So, for murder it is the intent, but you have to remember capability as well.

When the charge is looked at as a whole, there can be no doubt that the jury understood what was required in order to convict under s. 212(a)(ii). It has been said before but it bears repeating that it would be difficult if not impossible to find a perfect charge. Directions to the jury need not, as a general rule, be endlessly dissected and subjected to minute scrutiny and criticism. Rather the charge must be read as a whole. The directions to the jury must, of course, set out the position of the Crown and defence, the legal issues involved and the evidence that may be applied in resolving the legal issues and ultimately in determining the guilt or innocence of the accused. At the end of the day, the question must be whether an appellate court is satisfied that the jurors would adequately understand the issues involved, the law relating to the charge the accused is facing, and the evidence they should consider in resolving the issues. I am satisfied that in this case the charge meets all these basic requirements. Particularly, the law pertaining

déduire une certaine intention, mais on doit toujours accorder le bénéfice du doute à l'accusé. Maintenant, relativement à l'intention, le ministère public doit démontrer l'existence de l'intention hors de tout doute raisonnable. Et ce fardeau de la preuve incombe au ministère public et il n'est jamais inversé. Pour l'homicide involontaire coupable, la deuxième possibilité, l'intention n'est pas nécessaire. L'homicide involontaire coupable n'exige que l'acte illégal et il n'y a aucune intention nécessaire.

Il faut deux choses pour qu'il y ait une intention et c'est la capacité de former l'intention. Ce doit être une intention précise. Vous savez, une personne doit dire, j'ai l'intention, d'une manière subjective. Et vous devez être en mesure de le faire. L'état d'ébriété peut réduire cette capacité. Mais même si une personne était en état d'ébriété, elle pourrait toujours être en mesure d'avoir l'intention d'accomplir ses actes, mais vous devez quand même conclure qu'elle avait l'intention de les accomplir. Il faut la capacité et l'intention. Toutefois, même en l'absence d'intention et de capacité, si vous concluez que la victime est décédée par suite de l'acte illégal, qui était l'empoigne, alors il s'agit d'un homicide involontaire coupable. Donc pour qu'il y ait meurtre, il faut l'intention, mais vous devez vous rappeler qu'il doit également y avoir capacité de la former.

Lorsqu'on examine l'exposé dans son ensemble, il n'y a pas de doute que le jury a compris ce qui était nécessaire pour qu'il y ait déclaration de culpabilité aux termes du sous-al. 212a)(ii). On a déjà dit, mais il convient de le répéter, qu'il serait difficile voire impossible de trouver un exposé parfait. En règle générale, on ne doit pas sans cesse disséquer les directives au jury, les soumettre à un examen détaillé et les critiquer. Il faut plutôt interpréter l'exposé dans son ensemble. Évidemment, les directives au jury doivent exposer la position du ministère public et de la défense, les questions juridiques qui sont soulevées et les éléments de preuve qui peuvent être appliqués pour trancher les questions juridiques et, en fin de compte, pour déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Finalement, la question doit être de savoir si une cour d'appel est convaincue que les jurés comprendraient adéquatement les questions soulevées, le droit relatif à l'accusation à laquelle l'accusé fait face et les éléments de preuve dont ils devraient

to the legal issues was correctly placed before the jury. Any errors were immediately and repeatedly corrected.

The respondent also contended that the trial judge did not adequately instruct the jury with regard to the consequences of the consumption of alcohol by Cooper. I agree with the Court of Appeal that the respondent has no grounds for complaint on this issue. The trial judge repeatedly instructed the jury that if they were not satisfied beyond reasonable doubt that the accused had the capacity to form the requisite intent as a result of consumption of alcohol that they were to acquit. He went on to advise the jury that even if the accused had the capability to form the intent, they had to be satisfied beyond a reasonable doubt that he did in fact have the requisite intent and that in determining that issue, they could take into account the alcohol that had been consumed. In light of those instructions, there is no basis for this complaint.

There is a difference of opinion among appellate courts as to the effect of evidence as to intoxication. In *R. v. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306 (Ont. C.A.), Martin J.A. held that evidence of intoxication which did not deprive the accused of the capacity to form the intent should still be taken into consideration in determining whether the accused did in fact form the requisite intent to commit the offence. In *R. v. Korzepa* (1991), 64 C.C.C. (3d) 489, the British Columbia Court of Appeal rejected the *MacKinlay* decision. It was suggested that the reasoning of Martin J.A. was contrary to decisions of this Court. This is an issue that has not as yet been addressed. It would be inappropriate to do so in this case, as its validity was not raised or addressed before us. For the purpose of this case it is enough to note that the respondent had the benefit of a charge that was the most favourable to his position. As a result, the

tenir compte pour trancher les questions. Je suis convaincu qu'en l'espèce l'exposé répond à toutes ces exigences fondamentales. Particulièrement, le droit relatif aux questions juridiques a correctement été exposé au jury. Toutes les erreurs ont été corrigées immédiatement et à maintes reprises.

L'intimé a également soutenu que le juge du procès n'a pas donné au jury de directives appropriées sur les conséquences de la consommation d'alcool par Cooper. Je suis d'accord avec la Cour d'appel que l'intimé n'a aucun motif de se plaindre à ce sujet. Le juge du procès a dit à maintes reprises aux jurés qu'ils devaient rendre un verdict d'acquiescement s'ils n'étaient pas convaincus hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait la capacité de former l'intention requise par suite de la consommation d'alcool. Il a ensuite dit aux jurés que, même si l'accusé avait la capacité de former l'intention, ils devaient être convaincus hors de tout doute raisonnable qu'il avait effectivement l'intention requise et que, pour régler cette question, ils pouvaient tenir compte de l'alcool qui avait été consommé. Compte tenu de ces directives, cette plainte n'est pas fondée.

Il y a une divergence d'opinions parmi les cours d'appel quant à l'effet de la preuve relative à l'intoxication. Dans l'arrêt *R. c. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306 (C.A. Ont.), le juge Martin a conclu que la preuve d'une intoxication qui ne privait pas l'accusé de la capacité de former l'intention, devrait encore être prise en considération pour déterminer si l'accusé a effectivement formé l'intention requise de commettre l'infraction. Dans *R. c. Korzepa* (1991), 64 C.C.C. (3d) 489, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'arrêt *MacKinlay*. On a laissé entendre que le raisonnement du juge Martin était contraire à la jurisprudence de notre Cour. Il s'agit d'une question qui n'a pas été abordée jusqu'à ce jour. Il ne conviendrait pas de le faire en l'espèce étant donné que la question de la validité n'a pas été soulevée ni abordée devant nous. Il suffit, aux fins de la présente affaire, de souligner que l'intimé a bénéficié d'un exposé qui était des plus favorables à sa position. Par conséquent, l'intimé ne saurait se plaindre des

respondent cannot complain of the directions of the trial judge on this issue.

Upon a careful reading and review of the charge as a whole, I am satisfied that there were no errors committed by the trial judge that would justify a new trial.

In the result, I would set aside the order of the Court of Appeal directing a new trial and restore the conviction.

Appeal allowed, LAMER C.J. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Department of Justice, St. John's.

Solicitors for the respondent: Gittens, Casey, St. John's.

directives que le juge du procès a données à ce sujet.

Après avoir interprété et examiné soigneusement l'exposé dans son ensemble, je suis convaincu que le juge du procès n'a commis aucune erreur qui justifierait la tenue d'un nouveau procès.

En conséquence, je suis d'avis d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel enjoignant de tenir un nouveau procès, et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Pourvoi accueilli, le juge en chef LAMER est dissident.

Procureur de l'appelante: Le ministère de la Justice, St. John's.

Procureurs de l'intimé: Gittens, Casey, St. John's.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 1993 Vol. 1

2^e cahier, 1993 Vol. 1

Cited as [1993] 1 S.C.R. 167-317

Renvoi [1993] 1 R.C.S. 167-317

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

CONTENTS

Caisse populaire de Maniwaki v. Giroux 282

Insurance — Disability insurance — Cessation of disability — Burden of proof — Payments already made under policy — Point at which insurer's payments may be interrupted — Civil Code of Lower Canada, art. 1203.

Engel v. Salyn 306

Torts — Damages — Calculation — Self-employed person — Calculation based on after-tax cost of replacement labour — Whether acceptable method of assessing appellant's pecuniary damages.

Torts — Damages — Mitigation — Tort victim refusing further tests — Expert medical opinion recommending conservative treatment — Whether appellant's refusal of medical treatment arbitrary or unreasonable resulting in failure to mitigate damages.

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
LYNE RENAUD

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

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

SOMMAIRE

Banque Hongkong du Canada c. Wheeler Holdings Ltd. 167

Hypothèques — Conditions — Prêts consentis par la SCHL à des sociétés immobilières «à dividendes limités» pour la construction et la gestion d'ensembles d'habitation HLM — Accords d'exploitation interdisant conformément à la loi toute vente ou hypothèque subséquentes sans l'approbation de la SCHL — Accords d'exploitation incorporés dans les actes d'hypothèque — Hypothèques de second rang consenties et ventes effectuées sans le consentement de la SCHL — La SCHL peut-elle contester les hypothèques et les ventes subséquentes en invoquant des conditions contractuelles, prescrites par une loi, interdisant la vente ou l'aliénation de l'ensemble d'habitation? — La théorie d'equity de la conduite irréprochable s'applique-t-elle? — Les hypothèques de second rang et les ventes constituent-elles des contrats illégaux? — Les acquéreurs avaient-ils le droit de racheter les ensembles d'habitation une fois payées les dettes hypothécaires de premier rang? —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Hongkong Bank of Canada v. Wheeler Holdings Ltd. 167

Mortgages — Conditions — CMHC lending money to "limited dividend" housing companies for construction and management of low-rental housing projects — Operating agreements prohibiting subsequent sale or mortgage of projects without CMHC's approval as mandated by statute — Operating agreements incorporated as part of mortgages — Second mortgages incurred and sales effected without CMHC's approval — Whether CMHC can impeach subsequent mortgages and sales on basis of statutorily mandated contractual terms prohibiting sale or disposition of projects — Whether equitable "clean hands" doctrine applicable — Whether second mortgages and sales illegal contracts — Whether purchasers had right to redeem projects on payment of amounts outstanding under first mortgages — National Housing Act, 1954, S.C. 1953-54, c. 23, s. 16(4)(g), (h).

Corporations — Powers — Corporate objects stipulating that companies to build and manage low-rental housing projects — CMHC lending companies money for construction and management of projects — Operating agreements prohibiting subsequent sale or mortgage of projects without CMHC's approval as mandated by statute — Operating agreements incorporated as part of mortgages — Second mortgages incurred and sales effected without CMHC's approval — Whether second mortgages *ultra vires* companies' powers — Whether corporate *vires* doctrine applicable — National Housing Act, 1954, S.C. 1953-54, c. 23, s. 16 — Companies Act, R.S.A. 1980, c. C-20, s. 20(1)(h).

R. v. MacKenzie..... 212

Criminal law — Evidence — Charge to jury — Accused making incriminating statement to police — Accused stating at trial that his "confession" was in fact a recounting of second-hand knowledge — Trial judge instructing jury to reject accused's statement to police if they had any reasonable doubt about it — Whether trial judge's charge misleading.

Criminal law — Appeals to Supreme Court of Canada — Crown appeals — Accused abandoning one of his grounds of appeal — Court refusing to hear Crown's arguments on point since Crown had not cross-appealed — Crown precluded from cross-appealing in view of its overall success in court below — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 693(1).

Criminal law — Appeals — Appeal from acquittal — Standard of appellate review — Court of Appeal not misstating standard by requiring only that Crown show that jury's verdict might have been different had it been properly instructed.

Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co...... 252

Insurance — Liability — Policy a hybrid of "claims-made" and "occurrence" policies — Subsequent claim arising out of same negligent act — Whether successive claims for damages arising out of the same negligent act constituting separate claims — If so, whether the second claim in this case was made during the currency of the policy.

SOMMAIRE (Suite)

Loi nationale de 1954 sur l'habitation, S.C. 1953-54, ch. 23, art. 16(4)(g), h).

Compagnies — Pouvoirs — Sociétés immobilières ayant pour objet explicite de construire et d'administrer des ensembles d'habitation HLM — Prêts consentis par la SCHL à ces sociétés pour la construction et la gestion d'ensembles d'habitation — Accords d'exploitation interdisant conformément à la loi toute vente ou hypothèque subséquentes sans l'approbation de la SCHL — Accords d'exploitation incorporés dans les actes d'hypothèque — Hypothèques de second rang consenties et ventes effectuées sans le consentement de la SCHL — Les hypothèques de second rang excédaient-elles les pouvoirs des sociétés? — La théorie de l'excès de pouvoir par une personne morale s'applique-t-elle? — Loi nationale de 1954 sur l'habitation, S.C. 1953-54, ch. 23, art. 16 — Companies Act, R.S.A. 1980, ch. C-20, art. 20(1)(h).

Caisse populaire de Maniwaki c. Giroux 282

Assurances — Assurance-invalidité — Cessation d'invalidité — Fardeau de la preuve — Versements déjà effectués en vertu de la police — Moment où les versements de l'assureur peuvent être interrompus — Code civil du Bas-Canada, art. 1203.

Engel c. Salyn 306

Responsabilité délictuelle — Dommages-intérêts — Calcul — Personne établie à son compte — Calcul fondé sur le coût après impôt de la main-d'œuvre de remplacement — S'agit-il là d'une méthode valable d'évaluation des dommages pécuniaires de l'appelante?

Responsabilité délictuelle — Dommages-intérêts — Limitation du préjudice — Victime d'un délit civil refusant de subir de nouveaux tests — Traitement conservateur recommandé par des experts médicaux — Le refus de l'appelante de subir des traitements médicaux était-il arbitraire ou déraisonnable constituant ainsi un manquement à l'obligation de limiter le préjudice?

R. c. MacKenzie..... 212

Droit criminel — Preuve — Exposé au jury — Déclaration incriminante de l'accusé à la police — Affirmation de l'accusé au procès que sa «confession» était en réalité une reconstitution d'après une connaissance indirecte — Directive du juge aux membres du jury de rejeter la déclaration de l'accusé aux policiers s'ils avaient un doute raisonnable à son sujet — L'exposé a-t-il induit le jury en erreur?

Droit criminel — Appels à la Cour suprême du Canada — Appels du ministère public — Abandon d'un des moyens d'appel de l'accusé — Refus de la Cour d'entendre les arguments du ministère public sur le point puisque celui-ci n'a pas interjeté d'appel incident — Ministère public empêché d'interjeter un appel incident à cause de sa victoire globale devant la juridiction inférieure — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 693(1).

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

Droit criminel — Appels — Appel d'un acquittement — Norme d'examen en appel — La Cour d'appel n'a pas mal formulé la norme en exigeant seulement que le ministère public établisse que le verdict du jury aurait pu être différent s'il avait reçu des directives appropriées.

**Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie
General Insurance Co..... 252**

Assurance — Responsabilité — Police tenant à la fois d'une police «sur la base des réclamations» et d'une police «sur la base des événements» — Réclamation subséquente découlant du même acte négligent — Des réclamations successives en dommages-intérêts découlant du même acte négligent constituent-elles des réclamations distinctes? — Dans l'affirmative, la seconde réclamation présentée en l'espèce a-t-elle été faite pendant la durée de validité de la police?

Canada Mortgage and Housing Corporation *Appellant*

Société canadienne d'hypothèques et de logement *Appelante*

v.

a c.

Hongkong Bank of Canada *Respondent*

Banque Hongkong du Canada *Intimée*

and

b et

Wheeler Holdings Ltd., Town House Development Ltd., Wellington Housing Developments Ltd., Kate Wheeler, Pamela K. Wheeler, George L. Wheeler, Lois Anderson, Patricia May Kirk, 375069 Alberta Ltd., 386360 Alberta Ltd. and 376491 Alberta Ltd. *Respondents*

Wheeler Holdings Ltd., Town House Development Ltd., Wellington Housing Developments Ltd., Kate Wheeler, Pamela K. Wheeler, George L. Wheeler, Lois Anderson, Patricia May Kirk, 375069 Alberta Ltd., 386360 Alberta Ltd. et 376491 Alberta Ltd. *Intimés*

and

d et

The Attorney General of Quebec *Intervener*

Le procureur général du Québec *Intervenant*

and between

e

et entre

Canada Mortgage and Housing Corporation *Appellant*

Société canadienne d'hypothèques et de logement *Appelante*

v.

c.

375069 Alberta Ltd. *Respondent*

g **375069 Alberta Ltd.** *Intimée*

and

et

Town House Development Ltd. *Respondent*

h **Town House Development Ltd.** *Intimée*

and

et

The Attorney General of Quebec *Intervener*

i **Le procureur général du Québec** *Intervenant*

and between

et entre

Canada Mortgage and Housing Corporation *Appellant*

j **Société canadienne d'hypothèques et de logement** *Appelante*

v.

386360 Alberta Ltd. *Respondent*

and

Wellington Housing Developments Ltd. *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec
*Intervener*INDEXED AS: HONGKONG BANK OF CANADA v.
WHEELER HOLDINGS LTD.

File No.: 22268.

1992: February 4; 1993: January 21.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka,
Gonthier, Cory, Stevenson* and Iacobucci JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Mortgages — Conditions — CMHC lending money to “limited dividend” housing companies for construction and management of low-rental housing projects — Operating agreements prohibiting subsequent sale or mortgage of projects without CMHC’s approval as mandated by statute — Operating agreements incorporated as part of mortgages — Second mortgages incurred and sales effected without CMHC’s approval — Whether CMHC can impeach subsequent mortgages and sales on basis of statutorily mandated contractual terms prohibiting sale or disposition of projects — Whether equitable “clean hands” doctrine applicable — Whether second mortgages and sales illegal contracts — Whether purchasers had right to redeem projects on payment of amounts outstanding under first mortgages — National Housing Act, 1954, S.C. 1953-54, c. 23, s. 16(4)(g), (h).

Corporations — Powers — Corporate objects stipulating that companies to build and manage low-rental housing projects — CMHC lending companies money

*Stevenson J. took no part in the judgment.

c.

386360 Alberta Ltd. *Intimée*^a et**Wellington Housing Developments Ltd.** *Intimée*^b

et

Le procureur général du Québec *Intervenant*^cRÉPERTORIÉ: BANQUE HONGKONG DU CANADA c.
WHEELER HOLDINGS LTD.

N° du greffe: 22268.

^d

1992: 4 février; 1993: 21 janvier.

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

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

Hypothèques — Conditions — Prêts consentis par la SCHL à des sociétés immobilières «à dividendes limités» pour la construction et la gestion d'ensembles d'habitation HLM — Accords d'exploitation interdisant conformément à la loi toute vente ou hypothèque subséquentes sans l'approbation de la SCHL — Accords d'exploitation incorporés dans les actes d'hypothèque — Hypothèques de second rang consenties et ventes effectuées sans le consentement de la SCHL — La SCHL peut-elle contester les hypothèques et les ventes subséquentes en invoquant des conditions contractuelles, prescrites par une loi, interdisant la vente ou l'aliénation de l'ensemble d'habitation? — La théorie d'equity de la conduite irréprochable s'applique-t-elle? — Les hypothèques de second rang et les ventes constituent-elles des contrats illégaux? — Les acquéreurs avaient-ils le droit de racheter les ensembles d'habitation une fois payées les dettes hypothécaires de premier rang? — Loi nationale de 1954 sur l'habitation, S.C. 1953-54, ch. 23, art. 16(4)g, h).

Compagnies — Pouvoirs — Sociétés immobilières ayant pour objet explicite de construire et d'administrer des ensembles d'habitation HLM — Prêts consentis par

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

for construction and management of projects — Operating agreements prohibiting subsequent sale or mortgage of projects without CMHC's approval as mandated by statute — Operating agreements incorporated as part of mortgages — Second mortgages incurred and sales effected without CMHC's approval — Whether second mortgages ultra vires companies' powers — Whether corporate vires doctrine applicable — National Housing Act, 1954, S.C. 1953-54, c. 23, s. 16 — Companies Act, R.S.A. 1980, c. C-20, s. 20(1)(h).

Respondents Town House and Wellington were "limited-dividend" companies statutorily described as being incorporated to hold and manage low-rental housing and subject to a restriction in their charters to a maximum annual dividend. CHMC loaned both money to build and operate low-rental housing for a forty-year term starting on the completion date. The mortgages provided that their terms were in addition to those granted or implied by statute and that they were made pursuant to the *National Housing Act*. Both companies entered into operating agreements with CMHC that prohibited the mortgage or sale of the projects without CMHC approval. The mortgages adopt the terms of the operating agreements as part of the mortgage and stipulated that breach of the operating agreements constituted breach of the mortgages.

A loan made by the Bank of British Columbia to Town House and Wellington, along with the respondent Wheeler Holdings, was secured by second mortgages on the projects and was personally guaranteed by the personal respondents. CMHC did not consent to the second mortgages. This mortgage was among the assets purchased by the respondent Hongkong Bank of Canada ("Hongkong") from the Bank of British Columbia in 1986.

In 1988, Town House and Wellington agreed to sell the projects ("1988 sales") to the respondents 375069 Alberta Ltd. and 386360 Alberta Ltd. ("1988 purchasers"). The 1988 sale agreements provided that title would be given to the 1988 purchasers free and clear of obligations under the CMHC operating agreements, and provided for liquidated damages if such title could not be given. These sale agreements also contained a provision expressly negating and rejecting the

la SCHL à ces sociétés pour la construction et la gestion d'ensembles d'habitation — Accords d'exploitation interdisant conformément à la loi toute vente ou hypothèque subséquentes sans l'approbation de la SCHL — Accords d'exploitation incorporés dans les actes d'hypothèque — Hypothèques de second rang consenties et ventes effectuées sans le consentement de la SCHL — Les hypothèques de second rang excédaient-elles les pouvoirs des sociétés? — La théorie de l'excès de pouvoir par une personne morale s'applique-t-elle? — Loi nationale de 1954 sur l'habitation, S.C. 1953-54, ch. 23, art. 16 — Companies Act, R.S.A. 1980, ch. C-20, art. 20(1)(h).

Les intimées Town House et Wellington sont des sociétés «à dividendes limités» qui, selon la définition légale, sont constituées pour détenir et administrer un ensemble d'habitation HLM et dont les dividendes, aux termes de leurs actes constitutifs, sont limités à un montant maximal. La SCHL a prêté aux deux des fonds pour la construction et l'exploitation d'ensembles d'habitation HLM pour une période se terminant 40 ans après la date de l'achèvement des travaux de construction. Les actes d'hypothèque stipulaient que leurs conditions s'ajoutaient à celles expressément ou implicitement prévues par un texte légal et qu'elles étaient assujetties à la *Loi nationale sur l'habitation*. Les deux sociétés ont conclu avec la SCHL des accords d'exploitation interdisant d'hypothéquer ou de vendre les ensembles d'habitation sans l'approbation de la SCHL. Les actes d'hypothèque reprennent les conditions des accords d'exploitation, comme faisant partie des hypothèques, et prévoient que la violation des accords d'exploitation constitue une violation des hypothèques.

Un prêt de la Banque de la Colombie-Britannique à Town House et à Wellington ainsi qu'à l'intimée Wheeler Holdings était garanti par des hypothèques de second rang grevant les ensembles d'habitation et, personnellement, par les personnes physiques intimées. La SCHL n'a pas consenti aux hypothèques de second rang, lesquelles figuraient parmi l'actif que l'intimée la Banque Hongkong du Canada («Hongkong») a acheté à la Banque de la Colombie-Britannique en 1986.

En 1988, Town House et Wellington ont convenu de vendre les ensembles d'habitation («ventes de 1988») aux intimées 375069 Alberta Ltd. et 386360 Alberta Ltd. («acquéreurs de 1988»). Les contrats de vente de 1988 stipulaient que les acquéreurs de 1988 recevraient un titre de propriété libre et quitte de toute obligation découlant des accords d'exploitation de la SCHL et prévoyaient le paiement de dommages-intérêts conventionnels au cas où un tel titre ne pourrait pas être accordé.

covenants implied by s. 62(1) of the Alberta *Land Titles Act* with the result that the transferees did not assume the obligations under the mortgage.

In 1989, Hongkong began an action to foreclose on its second mortgages. Hongkong proposed a judicial sale of the projects ("1989 sale") to yet another numbered company—376491 Alberta Ltd. ("1989 purchaser")—owned by owner of the other two numbered companies. The 1989 sale agreement provided that the 1989 purchaser would get title subject to the CMHC mortgages but free and clear of the terms of the CMHC operating agreements.

Hongkong sought approval of the 1989 sale from the Alberta Court of Queen's Bench, but a Master refused this approval. Hongkong appealed this finding to a chambers judge, and the 1988 purchasers commenced an action seeking a declaration that they were owners of the projects under the 1988 sale agreements and that they were not bound by the CMHC operating agreements. The appeal and the actions were heard together by the chambers judge. The 1989 sale was approved by the chambers judge and the 1988 purchasers were granted the declaration they requested. Appeals were launched by CMHC in respect of each proceeding. CMHC's appeal to the Alberta Court of Appeal was dismissed. The main issue here was whether the appellants mortgagee can successfully impeach a subsequent mortgage and sale on the basis of statutorily mandated contractual terms prohibiting a sale or disposition of the mortgaged property. Issues arose as to the applicability of the equitable "clean hands" doctrine, the alleged illegality of the second mortgages and the 1988 and 1989 sales, the *vires* of the corporate powers of Town House and Wellington, and the 1988 purchasers' right to redeem the properties on payment of the amounts outstanding under the first mortgages.

Held: The appeal is allowed in part.

Town House and Wellington, by granting the second mortgage to the Bank of British Columbia and by selling the projects flagrantly breached their contracts with CMHC. Neither, however, sought relief here. The remedies sought by the other respondents do not constitute equitable relief in every case or there was insufficient evidence before the Court to conclude that these respon-

Ces contrats de vente renfermaient également une clause qui écartait expressément les engagements implicites prévus au par. 62(1) de la *Land Titles Act* de l'Alberta, de sorte que les cessionnaires n'ont pas assumé les obligations découlant de l'hypothèque.

En 1989, Hongkong a intenté une action en forclusion à l'égard de ses hypothèques de second rang. Elle a proposé que les ensembles d'habitation soient vendus judiciairement («vente de 1989») à encore une autre société à numéro—376491 Alberta Ltd. («acquéreur de 1989») —appartenant au propriétaire des deux autres sociétés à numéro. Le contrat de vente de 1989 prévoyait que l'acquéreur de 1989 obtiendrait un titre de propriété grevé des hypothèques de la SCHL, mais libre et quitte des conditions des accords d'exploitation de cette dernière.

Hongkong a demandé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta d'approuver la vente de 1989, mais un protonotaire a refusé l'approbation. Hongkong a porté cette décision en appel devant un juge en chambre et les acquéreurs de 1988 ont intenté une action en vue de se faire déclarer propriétaires des ensembles d'habitation en vertu des contrats de vente de 1988 et de se faire déclarer en outre non liés par les accords d'exploitation de la SCHL. L'appel et les actions ont été entendus ensemble par le juge en chambre. La vente de 1989 a reçu l'approbation de ce dernier et les acquéreurs de 1988 ont obtenu le jugement déclaratoire demandé. La SCHL a interjeté appel à l'égard de chacune des procédures en question. L'appel de la SCHL à la Cour d'appel de l'Alberta a été rejeté. La question principale dans le présent pourvoi est de savoir si la créancière hypothécaire appelante peut contester avec succès une hypothèque et une vente subséquentes en invoquant des conditions contractuelles, prescrites par une loi, interdisant la vente ou l'aliénation du bien hypothéqué. Se posent également les questions de l'applicabilité de la théorie d'*equity* de la conduite irréprochable, de la prétendue illégalité des hypothèques de second rang et des ventes de 1988 et de 1989, des pouvoirs des sociétés Town House et Wellington et du droit des acquéreurs de 1988 de racheter les biens-fonds une fois payées les dettes hypothécaires de premier rang.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli en partie.

En consentant l'hypothèque de second rang à la Banque de la Colombie-Britannique et en vendant les ensembles d'habitation, Town House et Wellington ont commis une violation flagrante de leurs contrats avec la SCHL. Toutefois, ni l'une ni l'autre n'a demandé un redressement en l'espèce. Les redressements demandés par les autres intimés ne constituent pas dans tous les

dents had unclean hands. There is accordingly no equitable ground upon which to deny relief to the respondents.

In determining whether the respondents are entitled to equitable relief, all the respondents should not be painted with the same brush. An entire transaction does not become tainted merely because certain parties to the transaction may have unclean hands. It is necessary to show that the respondents actually seeking relief from the court are in fact seeking equitable relief and are guilty of wrongdoing amounting to unclean hands.

Even if the remedy of declaratory relief is seen to be *sui generis*, equitable principles such as clean hands can play a role in the exercise of the court's discretion whether or not to grant the remedy. The only real evidence of the alleged misconduct by the 1988 purchasers was that they knew that the 1988 sale agreements constituted a breach of the CMHC mortgages and in fact agreed to pay a higher price for the land if the operating agreements could be successfully breached. This evidence is too tenuous a foundation for the application of the principle. Absent a finding of collusion, knowledge by a purchaser that the vendor is breaching a contractual provision would be insufficient to disentitle the purchaser to equitable relief. This conclusion applies with greater force to the exercise of discretion to refuse declaratory relief in which the "unclean hands" doctrine is applied in a less structured manner and is but one of the factors to be considered.

Hongkong, which sought a judicial sale in its mortgage foreclosure action, was the only party unquestionably seeking equitable relief. There was no evidence that it was guilty of any misconduct. Hongkong was particularly free of suspicion of misconduct because it was not the original mortgagee but rather purchased a mortgage acquired by its predecessor in title.

The relationship between the numbered companies and Town House and Wellington was undoubtedly suspicious, but the conclusion that they jointly acted to free Town House and Wellington of their obligations towards CMHC could not be made without direct evidence.

cas des redressements d'*equity* et la Cour ne dispose pas non plus d'une preuve suffisante pour conclure que ces intimés ne sont pas sans reproche. Il n'y a donc aucun motif d'*equity* de refuser un redressement aux intimés.

^a En examinant si les intimés ont droit à un redressement d'*equity*, on devrait se garder de les mettre tous dans le même panier. Toute une opération ne devient pas entachée d'un vice du simple fait qu'il se peut que certaines parties à cette opération ne soient pas sans reproche. Il faut démontrer que les intimés qui demandent effectivement un redressement à la cour sollicitent en réalité un redressement d'*equity* et qu'ils se sont rendus coupables d'une conduite répréhensible qui fait qu'ils ne peuvent être considérés comme étant sans reproche.

^b Même si le redressement sous forme de jugement déclaratoire est considéré comme étant *sui generis*, des principes d'*equity* comme celui de la conduite irréprochable peuvent jouer un rôle dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal d'accorder ou de refuser le redressement. La seule véritable preuve de l'inconduite reprochée aux acquéreurs de 1988 est qu'ils savaient que les contrats de vente de 1988 violaient les conditions des hypothèques de la SCHL et qu'ils ont en fait convenu de payer le bien-fonds plus cher si les accords d'exploitation pouvaient être violés avec succès. Ces éléments de preuve sont trop faibles pour justifier l'application du principe. En l'absence d'une constatation de collusion, le fait que l'acquéreur ait su que le vendeur agissait en violation d'une condition du contrat ne suffirait pas pour que l'acquéreur soit déchu du droit à un redressement d'*equity*. Cette conclusion s'applique à plus forte raison à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser un jugement déclaratoire, où la théorie de la «conduite répréhensible» est appliquée d'une façon moins structurée et n'est qu'un des facteurs à prendre en considération.

^c Hongkong, qui demande, dans le cadre de son action en forclusion hypothécaire, qu'il soit procédé à une vente judiciaire est la seule partie qui cherche incontestablement à obtenir un redressement d'*equity*. Rien ne prouve qu'elle s'est rendue coupable d'inconduite. Elle est particulièrement à l'abri de tout soupçon d'inconduite parce qu'elle n'était pas le créancier hypothécaire initial, mais a plutôt acheté une créance hypothécaire acquise par son prédécesseur en titre.

^d Les rapports entre les sociétés à numéro et Town House et Wellington sont indubitablement suspects, mais, sans preuve directe, il est impossible de conclure qu'elles se sont concertées pour dégager Town House et Wellington de leurs obligations envers la SCHL. La

CMHC retained the right to accelerate the loan or increase the interest rates because the terms of the operating agreement were incorporated into the mortgages. Even if Hongkong were granted the equitable relief which it sought, CMHC was not left without a remedy for breach of its operating agreements.

The second mortgages and the 1988 sale agreements were not prohibited by the *National Housing Act, 1954*, and therefore were not illegal contracts. Section 16(4)(g) neither expressly nor impliedly prohibited these transactions and did not create a statutory restraint on alienation. It only required CMHC to obtain contractual restraints on disposition. To interpret s. 16 as creating an implied statutory restraint on disposition would, absent CMHC's consent, deprive Hongkong of its mortgages and the 1988 purchasers of their title. Had Parliament intended the provisions of the Act to have extra-contractual force, it would not have used the contractual mechanism as distinct from simply legislating against alienation.

The contractual provisions cannot be enforced against strangers to the contract. Section 16 clearly applies to CMHC but not to the mortgagors, let alone third parties. CMHC's remedies are contractual, either under the terms of the operating agreements or under the terms of its mortgages. Any sale, judicial or otherwise, can only sell the property subject to the mortgages.

Parliament spoke in terms of contracts and mortgages and did intend to create restraints inconsistent with provincial property law, the common law and the Torrens system. The underlying constitutional context suggests that s. 16 should be interpreted so that it does not impliedly prohibit the transactions in question. If s. 16 were to prohibit the sale or encumbrance of properties mortgaged to CMHC, then it would be a statutory restraint on alienation altering the common law rule that restraints on alienation are void. Parliament has no jurisdiction to legislate with respect to property and civil rights in a province. By requiring the arrangements to be created by contract, Parliament avoided any doubts about the validity of s. 16.

SCHL conserve le droit d'exiger le remboursement anticipé du prêt ou d'augmenter les taux d'intérêt parce que les conditions de l'accord d'exploitation sont incorporées dans les actes d'hypothèque. Même si le redressement d'*equity* sollicité par Hongkong lui était accordé, la SCHL ne se trouverait pas sans recours pour la violation de ses accords d'exploitation.

Les hypothèques de second rang et les contrats de vente de 1988 n'étaient pas interdits par la *Loi nationale de 1954 sur l'habitation* et ne constituent donc pas des contrats illégaux. L'alinéa 16(4)g n'interdisait pas expressément ou implicitement ces opérations et n'imposait pas une restriction à l'aliénation. Il ne faisait qu'exiger que la SCHL obtienne des restrictions contractuelles à l'aliénation. Interpréter l'art. 16 comme imposant à l'aliénation une restriction implicite aurait pour effet de priver Hongkong de ses hypothèques, et les acquéreurs de 1988 de leur titre de propriété, en l'absence de consentement de la part de la SCHL. Si le Parlement avait voulu que les dispositions de la Loi ait un effet extracontractuel, il n'aurait pas prévu le recours au contrat plutôt que de simplement légiférer pour interdire l'aliénation.

Les dispositions contractuelles ne sont pas opposables aux tiers étrangers au contrat. L'article 16 s'applique manifestement à la SCHL, mais non aux débiteurs hypothécaires ni, à plus forte raison, aux tiers. Les recours de la SCHL sont contractuels et sont fondés soit sur les accords d'exploitation, soit sur les conditions de ses actes d'hypothèque. Le bien ne peut être vendu, judiciairement ou autrement, qu'en demeurant assujéti aux hypothèques.

Le Parlement a parlé de contrats et d'hypothèques et a voulu effectivement imposer des restrictions incompatibles avec le droit provincial en matière de biens, la common law et le système Torrens. Le contexte constitutionnel sous-jacent laisse supposer qu'il y a lieu d'interpréter l'art. 16 de manière à ce qu'il n'interdise pas implicitement les opérations en question. Si l'article 16 interdisait de vendre des propriétés faisant l'objet d'hypothèques consenties à la SCHL ou de les grever d'une charge quelconque, il imposerait une restriction à l'aliénation, qui viendrait modifier la règle de common law selon laquelle les restrictions imposées à l'aliénation sont nulles. Le Parlement n'a pas le pouvoir de légiférer relativement à la propriété et aux droits civils dans une province. En exigeant que les arrangements soient pris par contrat, le Parlement a évité que la validité de l'art. 16 ne soit mise en doute.

The second mortgages were not *ultra vires* the corporate powers of Town House and Wellington. Both companies were still subject to the corporate *ultra vires* doctrine when the second mortgages were incurred. That the Articles of Continuance stated that the businesses to be carried on by the corporations were subject to the provisions of the *National Housing Act* was not sufficient to find the sale agreements or mortgages *ultra vires*. Both companies' objects did not expressly authorize them to grant second mortgages but that power is normally given by the statute. Furthermore, the ability to raise funds by making second mortgages on the companies' property was sufficiently incidental to their objects. Lastly, CMHC was not seeking to use the *ultra vires* doctrine to protect its position as a creditor, but rather to maintain control over Town House and Wellington. This is an improper use of the *ultra vires* doctrine.

The declaration in the chamber judge's formal judgment which entitled 1988 purchasers to pay off the first mortgages and redeem should be deleted. The policy against restraints on alienation does not render such provisions unenforceable for all purposes. Contractual provisions are simply ineffective to prevent the owner of land from conveying a good title to a purchaser but other *in personam* remedies remain available. The Crown is not immune from the rule against restraints on alienation. Even though the impugned provisions are not enforceable to prevent the transfer of a good title to the purchasers, non-compliance constitutes a breach of the agreement which triggers other remedies which the mortgagee has under the mortgage. Clause 12 of the operating agreements, which is incorporated into the mortgages, provided for the acceleration of the loan and increase of interest payments in the event of a breach. This remedy is available to the appellant because of the breach occasioned by the 1988 and 1989 sales.

The Wellington mortgage did not provide for any right of prepayment. It can only be repaid by payments over the loan period. Any discretion of the Court to allow prepayment in the absence of a prepayment clause should not be exercised here.

Les hypothèques de second rang n'excédaient pas les pouvoirs des sociétés Town House et Wellington. La théorie de l'excès de pouvoir par une personne morale s'appliquait toujours aux deux sociétés au moment où les hypothèques de second rang ont été consenties. Le fait que les statuts de prorogation stipulent que les entreprises à exploiter par les sociétés en question sont assujetties aux dispositions de la *Loi nationale sur l'habitation* n'est pas suffisant pour conclure que les contrats de vente ou les hypothèques constituent un excès de pouvoir. Les objets des deux sociétés ne les autorisent pas expressément à consentir des hypothèques de second rang, mais ce pouvoir est normalement conféré par la loi. De plus, la capacité de réunir des fonds en consentant des hypothèques de second rang grevant les biens des sociétés est suffisamment accessoire par rapport à leurs objets. Enfin, la SCHL ne cherche pas à recourir à la théorie de l'excès de pouvoir pour se protéger en sa qualité de créancière; au contraire, elle veut l'invoquer pour garder le contrôle sur Town House et Wellington. Il s'agit là d'un usage illégitime de cette théorie.

Il y a lieu de supprimer la déclaration figurant dans le jugement formel du juge en chambre, qui reconnaît aux acquéreurs de 1988 le droit de purger les hypothèques de premier rang et de les racheter. La politique interdisant les restrictions de l'aliénation ne rend pas ces dispositions inexécutoires à quelque fin que ce soit. Les dispositions d'un contrat n'ont tout simplement pas pour effet d'empêcher le propriétaire d'un bien-fonds de transmettre un titre de propriété valable à un acheteur, mais d'autres recours personnels demeurent possibles. La Couronne n'est pas à l'abri de la règle interdisant les restrictions de l'aliénation. Bien que les dispositions attaquées ne puissent s'appliquer de manière à empêcher le transfert d'un titre de propriété valable aux acquéreurs, leur non-respect constitue une violation de l'accord qui déclenche l'exercice d'autres recours dont dispose le créancier hypothécaire en vertu de l'hypothèque. La clause 12 des accords d'exploitation, qui a été incorporée dans les actes d'hypothèque, prévoit le remboursement anticipé du capital et l'augmentation du taux d'intérêt en cas de violation. Il s'agit d'un recours dont peut se prévaloir l'appelante en raison de la violation que représentent les ventes effectuées en 1988 et en 1989.

L'hypothèque de Wellington ne prévoit aucun droit de remboursement anticipé. Elle ne peut être remboursée qu'au moyen des paiements étalés sur la durée du prêt. Il n'y a pas lieu pour la Cour d'exercer, en l'espèce, tout pouvoir discrétionnaire qu'elle peut avoir de permettre le remboursement anticipé en l'absence d'une clause de remboursement anticipé.

The Town House prepayment clause applied only when the mortgagor was not in default. In selling the properties the mortgagor committed an act of default under the agreement, and therefore under the mortgage, because the agreement formed part of the mortgage. This default, while not that of the purchasers, disentitled anyone seeking to repay the mortgage while the default continued.

The contractual postponement of the right to redeem because of the mortgagor's being given a long period within which to pay and the absence of a prepayment clause cannot be characterized as a clog on the equity of redemption.

Cases Cited

Distinguished: *Re Valley Vu Realty (Ottawa) Ltd. and Victoria & Grey Trust Co.* (1984), 44 O.R. (2d) 526 (H.C.), aff'd (1984), 47 O.R. (2d) 544n (C.A.); *Colonial & Home Fuel Distributors Ltd. v. Skinners' Ltd.* (1963), 39 D.L.R. (2d) 579 (Man. Q.B.), aff'd (1963), 46 D.L.R. (2d) 695 (Man. C.A.), aff'd [1964] S.C.R. v; *In re Introductions Ltd.*, [1970] Ch. 199; **referred to:** *Moody v. Cox*, [1917] 2 Ch. 71; *Chapman v. Michaelson*, [1909] 1 Ch. 238; *Tito v. Waddell (No. 2)*, [1977] Ch. 106; *Sara v. Sara* (1962), 36 D.L.R. (2d) 499; *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550; *Re MacDonald and Law Society of Manitoba* (1975), 54 D.L.R. (3d) 372; *Campbell v. Campbell*, 300 N.Y.S. 760 (1937); *Mills v. Mills*, 179 A. 5 (1935); *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388; *Attorney-General v. Great Eastern Railway Co.* (1880), 5 App. Cas. 473; *Bell Houses Ltd. v. City Wall Properties Ltd.*, [1966] 2 Q.B. 656; *In re New Finance and Mortgage Co.*, [1975] Ch. 420; *In re Patent File Co.* (1870), L.R. 6 Ch. 83; *General Auction Estate and Monetary Co. v. Smith*, [1891] 3 Ch. 432; *Canada Permanent Trust Co. v. King's Bridge Apartments Ltd.* (1984), 8 D.L.R. (4th) 152 (Nfld. C.A.), rev'g on other grounds (1982), 24 R.P.R. 32 (Nfld. S.C.); *Paul v. Paul* (1921), 50 O.L.R. 211; *Re Bahnsen and Hazelwood* (1960), 23 D.L.R. (2d) 76; *Garnet Lane Developments Ltd. v. Webster* (1986), 43 R.P.R. 138; *Knightsbridge Estates Trust, Ltd. v. Byrne*, [1938] 4 All E.R. 618.

Dans le cas de Town House, la clause de remboursement anticipé ne s'applique que si la débitrice hypothécaire n'est pas en défaut. En vendant les propriétés en cause, la débitrice hypothécaire s'est mise en défaut de la manière prévue à l'accord et, par conséquent, dans l'acte d'hypothèque du fait que l'accord fait partie de l'acte d'hypothèque. Bien qu'il ne soit pas le fait des acquéreurs, ce manquement vient empêcher le remboursement de l'hypothèque par qui que ce soit tant qu'il continue d'exister.

On ne saurait qualifier d'entraves à l'exercice du droit de rachat le report, par stipulation contractuelle, de l'exercice du droit de purge du fait que le débiteur hypothécaire se voit accorder une longue échéance de paiement, et l'absence d'une clause de remboursement anticipé.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts: *Re Valley Vu Realty (Ottawa) Ltd. and Victoria & Grey Trust Co.* (1984), 44 O.R. (2d) 526 (H.C.), conf. par (1984), 47 O.R. (2d) 544n (C.A.); *Colonial & Home Fuel Distributors Ltd. c. Skinners' Ltd.* (1963), 39 D.L.R. (2d) 579 (B.R. Man.), conf. par (1963), 46 D.L.R. (2d) 695 (C.A. Man.), conf. par [1964] R.C.S. v; *In re Introductions Ltd.*, [1970] Ch. 199; **arrêts mentionnés:** *Moody c. Cox*, [1917] 2 Ch. 71; *Chapman c. Michaelson*, [1909] 1 Ch. 238; *Tito c. Waddell (No. 2)*, [1977] Ch. 106; *Sara c. Sara* (1962), 36 D.L.R. (2d) 499; *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550; *Re MacDonald and Law Society of Manitoba* (1975), 54 D.L.R. (3d) 372; *Campbell c. Campbell*, 300 N.Y.S. 760 (1937); *Mills c. Mills*, 179 A. 5 (1935); *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 R.C.S. 388; *Attorney-General c. Great Eastern Railway Co.* (1880), 5 App. Cas. 473; *Bell Houses Ltd. c. City Wall Properties Ltd.*, [1966] 2 Q.B. 656; *In re New Finance and Mortgage Co.*, [1975] Ch. 420; *In re Patent File Co.* (1870), L.R. 6 Ch. 83; *General Auction Estate and Monetary Co. c. Smith*, [1891] 3 Ch. 432; *Canada Permanent Trust Co. c. King's Bridge Apartments Ltd.* (1984), 8 D.L.R. (4th) 152 (C.A.T.-N.), inf. pour d'autres motifs (1982), 24 R.P.R. 32 (S.C.T.-N.); *Paul c. Paul* (1921), 50 O.L.R. 211; *Re Bahnsen and Hazelwood* (1960), 23 D.L.R. (2d) 76; *Garnet Lane Developments Ltd. c. Webster* (1986), 43 R.P.R. 138; *Knightsbridge Estates Trust, Ltd. c. Byrne*, [1938] 4 All E.R. 618.

Statutes and Regulations Cited

- Act to amend the National Housing Act, 1954*, S.C. 1968-69, c. 45, s. 7.
- Alberta Rules of Court*, Rule 505(3).
- Business Corporations Act*, S.A. 1981, c. B-15, ss. 15(1), 18, 117(2).
- Chancery Act* (U.K.), 13 & 14 Vict., c. 35.
- Companies Act*, R.S.A. 1955, c. 53, s. 19(h).
- Companies Act*, R.S.A. 1980, c. C-20, s. 20(1)(h).
- Constitution Act, 1867*, s. 92.
- Land Titles Act*, R.S.A. 1980, c. L-5, s. 62(1).
- Law of Property Act*, R.S.A. 1980, c. L-8, s. 43.
- National Housing Act*, R.S.C., 1985, c. N-11, ss. 2 "limited-dividend housing company", 26(3)(b).
- National Housing Act, 1954*, S.C. 1953-54, c. 23 s. 16(3)(k) [rep. & sub. 1968-69, c. 45, s. 7], (4)(g) [idem], (h) [idem].
- Quia Emptores*, 1290 (Eng.), 18 Edw. I, c. 1.
- Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, Rule 29 [am. SOR/88-247, s. 10].
- Supreme Court of Judicature Act, 1873* (U.K.), 36 & 37 Vict., c. 66.

Authors Cited

- Cheshire, Geoffrey Chevalier. *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 12th ed. By M. P. Furmston. London: Butterworths, 1991.
- Gower, Laurence Cecil Bartlett. *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979.
- Meagher, R. P., W. M. C. Gummow and J. R. F. Lehane. *Equity — Doctrines and Remedies*, 2nd ed. Sydney: Butterworths, 1984.
- Palmer, Francis Beaufort, Sir. *Palmer's Company Law*, vol. 1, 24th ed. Clive M. Schmitthoff, ed. London: Stevens & Sons, 1987.
- Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1988.
- Stevenson, W. A., and J. E. Côté. *Civil Procedure Guide*. Edmonton: Juriliber, 1989.
- Zamir, Itzhak. *The Declaratory Judgment*. London: Sweet & Maxwell, 1986.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1990), 77 Alta. L.R. (2d) 149, 111 A.R. 42, 75 D.L.R. (4th) 307, 14 R.P.R. (2d) 1 and (1991), 78 Alta. L.R. (2d) 236, 112 A.R. 85, 75 D.L.R. (4th) 561, dismissing an appeal from a judgment of Veit J. rendered December 13, 1989, allowing an appeal from an order of Master Quinn

Lois et règlements cités

- Alberta Rules of Court*, art. 505(3).
- Business Corporations Act*, S.A. 1981, ch. B-15, art. 15(1), 18, 117(2).
- Chancery Act* (R.-U.), 13 & 14 Vict., ch. 35.
- Companies Act*, R.S.A. 1955, ch. 53, art. 19h).
- Companies Act*, R.S.A. 1980, ch. C-20, art. 20(1)h).
- Land Titles Act*, R.S.A. 1980, ch. L-5, art. 62(1).
- Law of Property Act*, R.S.A. 1980, ch. L-8, art. 43.
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92.
- Loi modifiant la Loi nationale de 1954 sur l'habitation*, S.C. 1968-69, ch. 45, art. 7.
- Loi nationale de 1954 sur l'habitation*, S.C. 1953-54, ch. 23, art. 16(3)k) [abr. & rempl. 1968-69, ch. 45, art. 7], (4)g) [idem], h) [idem].
- Loi nationale sur l'habitation*, L.R.C. (1985), ch. N-11, art. 2 «société immobilière à dividendes limités», 26(3)b).
- Quia Emptores*, 1290 (Angl.), 18 Edw. I, ch. 1.
- Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, art. 29 [mod. DORS/88-247, art. 10].
- Supreme Court of Judicature Act, 1873* (R.-U.), 36 & 37 Vict., ch. 66.

e Doctrine citée

- Cheshire, Geoffrey Chevalier. *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 12th ed. By M. P. Furmston. London: Butterworths, 1991.
- Gower, Laurence Cecil Bartlett. *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979.
- Meagher, R. P., W. M. C. Gummow and J. R. F. Lehane. *Equity — Doctrines and Remedies*, 2nd ed. Sydney: Butterworths, 1984.
- Palmer, Francis Beaufort, Sir. *Palmer's Company Law*, vol. 1, 24th ed. Clive M. Schmitthoff, ed. London: Stevens & Sons, 1987.
- Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1988.
- Stevenson, W. A., and J. E. Côté. *Civil Procedure Guide*. Edmonton: Juriliber, 1989.
- Zamir, Itzhak. *The Declaratory Judgment*. London: Sweet & Maxwell, 1986.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1990), 77 Alta. L.R. (2d) 149, 111 A.R. 42, 75 D.L.R. (4th) 307, 14 R.P.R. (2d) 1 et (1991), 78 Alta. L.R. (2d) 236, 112 A.R. 85, 75 D.L.R. (4th) 561, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Veit rendu le 13 décembre 1989, qui avait accueilli l'appel interjeté contre une ordon-

(1989), 67 Alta. L.R. (2d) 337, 99 A.R. 94, 8 R.P.R. (2d) 189, dismissing an application to sell the property. Appeal allowed in part.

Francis C. R. Price, Wesley M. Pedruski and Kent N. Bilton, for the appellant.

Dennis F. Pawlowski and Douglas L. Kennedy, for the respondent Hongkong Bank of Canada.

Donald J. Boyer, Q.C., and *Michael R. Kinash*, for the respondents 375069 Alberta Ltd., 386360 Alberta Ltd. and 376491 Alberta Ltd.

Robert L. Duke, Q.C., and *Lorne A. Smart*, for the respondents Town House Development Ltd., Wellington Housing Developments Ltd. and Wheeler Holdings Ltd.

John A. Weir, Q.C., for the respondents Kate Wheeler, Pamela K. Wheeler, George L. Wheeler, Lois Anderson and Patricia May Kirk.

Françoise Saint-Martin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—The main issue in this appeal is whether the appellant mortgagee can successfully impeach a subsequent mortgage and sale on the basis of statutorily mandated contractual terms prohibiting a sale or disposition of the mortgaged property. An affirmative answer to this question would raise a constitutional issue with respect to the *vires* of Parliament to legislate this result. The appeal also raises the issues of corporate *ultra vires* and the validity of covenants in restraint of alienation of real property.

The Facts

The respondents Town House Development Ltd. (“Town House”) and Wellington Housing Develop-

nance du protonotaire Quinn (1989), 67 Alta. L.R. (2d) 337, 99 A.R. 94, 8 R.P.R. (2d) 189, rejetant une requête en vue de vendre le bien-fonds. Pourvoi accueilli en partie.

Francis C. R. Price, Wesley M. Pedruski et Kent N. Bilton, pour l'appellante.

Dennis F. Pawlowski et Douglas L. Kennedy, pour l'intimée la Banque Hongkong du Canada.

Donald J. Boyer, c.r., et *Michael R. Kinash*, pour les intimées 375069 Alberta Ltd., 386360 Alberta Ltd. et 376491 Alberta Ltd.

Robert L. Duke, c.r., et *Lorne A. Smart*, pour les intimées Town House Development Ltd., Wellington Housing Developments Ltd. et Wheeler Holdings Ltd.

John A. Weir, c.r., pour les intimés Kate Wheeler, Pamela K. Wheeler, George L. Wheeler, Lois Anderson et Patricia May Kirk.

Françoise Saint-Martin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—La question principale dans le présent pourvoi est de savoir si la créancière hypothécaire appelante peut contester avec succès une hypothèque et une vente subséquentes en invoquant des conditions contractuelles, prescrites par une loi, interdisant la vente ou l'aliénation du bien hypothéqué. Une réponse affirmative à cette question soulèverait une question constitutionnelle concernant la compétence du Parlement pour légiférer de manière à produire un tel résultat. Se posent également dans ce pourvoi les questions de l'excès de pouvoir commis par une personne morale et de la validité de clauses restrictives de l'aliénation de biens immeubles.

Les faits

Les intimées Town House Development Ltd. («Town House») et Wellington Housing Develop-

opments Ltd. ("Wellington") are "limited-dividend housing companies", as defined by the *National Housing Act*, R.S.C., 1985, c. N-11, s. 2:

"limited-dividend housing company" means a company incorporated to construct, hold and manage a low-rental housing project, the dividends payable by which are limited by the terms of its charter or instrument of incorporation to five per cent per annum or less;

Town House and Wellington were originally incorporated under *The Companies Act*, R.S.A. 1955, c. 53. The memoranda of association of Town House and Wellington state that the objects of the companies "are subject to the provisions to the National Housing Act, 1954, and amendments thereto".

In 1956 and 1958, the appellant Canada Mortgage and Housing Corporation ("CMHC") loaned money to Town House and Wellington to build and operate two low-rental housing projects in Edmonton. The loans were secured by first mortgages at low rates of interest of 3 1/2% and 4 1/4% per annum respectively. The "term of the loan" was defined in the mortgage as being "the period ending forty years after the project completion date, whether or not the loan shall have been earlier repaid, (which the Corporation [CMHC] hereby declares to be a term not exceeding the useful life of the project)". The Town House mortgage has a prepayment provision, which is available only when the mortgagor is not in default. The Wellington mortgage does not contain a prepayment provision. Both mortgages provide that their terms are "in addition to those granted or implied by statute", and that the mortgages are made pursuant to the *National Housing Act, 1954*, S.C. 1953-54, c. 23.

Along with the mortgages, CMHC entered into operating agreements with both Town House and

ments Ltd. («Wellington») sont des «sociétés immobilières à dividendes limités» au sens de la définition figurant dans *Loi nationale sur l'habitation*, L.R.C. (1985), ch. N-11, art. 2:

«société immobilière à dividendes limités» Personne morale constituée pour construire, détenir et administrer un ensemble d'habitation HLM et dont les dividendes ne peuvent, aux termes de ses statuts ou de son acte constitutif, être supérieurs à cinq pour cent l'an.

Town House et Wellington ont été initialement constituées en personnes morales sous le régime de *The Companies Act*, R.S.A. 1955, ch. 53. D'après leurs actes constitutifs respectifs, les objets des deux sociétés [TRADUCTION] «sont assujettis aux dispositions de la Loi nationale de 1954 sur l'habitation et ses modifications».

En 1956 et en 1958, l'appelante la Société canadienne d'hypothèques et de logement («SCHL») a prêté à Town House et à Wellington des fonds pour la construction et l'exploitation de deux ensembles d'habitation HLM à Edmonton. Ces prêts étaient garantis par des hypothèques de premier rang à faible taux d'intérêt, soit 3,5 pour 100 par année dans le premier cas et 4,25 pour 100 par année dans le second. La [TRADUCTION] «durée du prêt» était définie dans l'acte d'hypothèque comme [TRADUCTION] «la période se terminant quarante ans après la date de l'achèvement des travaux de construction, que le prêt soit ou non remboursé avant l'échéance, (période que la Société [la SCHL] déclare par les présentes ne pas être plus longue que la vie utile de l'ensemble d'habitation)». L'hypothèque consentie par Town House comprend une clause de remboursement anticipé, dont la débitrice hypothécaire ne peut se prévaloir que si elle n'est pas en défaut. L'hypothèque de Wellington ne comporte pas de clause de remboursement anticipé. Les deux actes d'hypothèque stipulent que leurs conditions [TRADUCTION] «s'ajoutent à celles expressément ou implicitement prévues par un texte légal», et que les hypothèques sont assujetties à la *Loi nationale de 1954 sur l'habitation*, S.C. 1953-54, ch. 23.

Parallèlement aux hypothèques, la SCHL a conclu avec Town House et Wellington des accords

Wellington. The operating agreements include terms mandated by s. 16(4)(g) of the *National Housing Act, 1954*:

16. ...

(4) A contract with a limited-dividend housing company entered into under this section shall provide that

. . . .

(g) except with the consent of the Corporation [CMHC] and on such terms and conditions as the Corporation may approve the project or any part thereof shall not be sold or otherwise disposed of during the term of the loan;

Accordingly, the operating agreements prohibit the mortgage or sale of the projects without the approval of CMHC. The relevant paragraphs of these agreements are as follows:

1. DEFINITIONS

. . . .

(iv) "The term of the loan" shall be the period ending forty years after the project completion date, whether or not the loan shall have been earlier repaid, (which the Corporation hereby declares to be a term not exceeding the useful life of the project).

4. PROHIBITION AGAINST ENCUMBRANCES

The project, or any part thereof, so long as there shall be any part of the loan or interest thereon remaining unpaid, shall not be mortgaged, charged or otherwise encumbered other than by a first mortgage in favour of the Corporation, without the approval of the Corporation.

12. DEFAULT

The Corporation shall have the right, in the event of the Borrower failing to maintain the low-rental character of the project or otherwise committing a breach of this agreement, to declare the unpaid principal of the loan due and payable forthwith or to increase the interest payable thereafter on the unpaid balance of the said loan to such rate as the Governor in Council may determine.

d'exploitation qui contiennent notamment des conditions prescrites par l'al. 16(4)(g) de la *Loi nationale de 1954 sur l'habitation*:

a 16. ...

(4) Un contrat passé avec une compagnie de logement à dividendes limités, sous le régime du présent article, doit renfermer les stipulations suivantes:

b

. . . .

g) sauf du consentement de la Société [la SCHL] et aux conditions qu'elle peut approuver, le projet, non plus qu'une partie de celui-ci, ne doit être vendu ni autrement aliéné pendant la durée du prêt;

Les accords d'exploitation interdisent donc d'hypothéquer ou de vendre les ensembles d'habitation sans l'approbation de la SCHL. Les dispositions pertinentes de ces accords sont les suivantes:

[TRADUCTION] 1. DÉFINITIONS

. . . .

(iv) «La durée du prêt» est la période se terminant quarante ans après la date de l'achèvement des travaux de construction, que le prêt soit ou non remboursé avant l'échéance, (période que la Société déclare par les présentes ne pas être plus longue que la vie utile de l'ensemble d'habitation).

4. INTERDICTION DES CHARGES

Tant que restera impayée une partie quelconque du prêt ou des intérêts, ni l'ensemble d'habitation ni aucune partie de celui-ci ne doit, sans l'approbation de la Société, être grevé d'une autre charge autre qu'une hypothèque de premier rang consentie à la Société.

12. INEXÉCUTION

La Société a le droit, si l'emprunteur ne maintient pas le caractère HLM de l'ensemble d'habitation ou commet quelque autre violation du présent accord, de déclarer dû et exigible immédiatement le capital impayé du prêt ou de porter au taux supérieur que peut fixer le gouverneur en conseil l'intérêt désormais payable sur le solde impayé dudit prêt.

16. SALE OF PROJECT

The project or any part thereof shall not be sold or otherwise disposed of during the term of the loan except with the consent of the Corporation and on such terms and conditions as the Corporation may approve.

The mortgages adopt the terms of the operating agreements, providing that the operating agreements form part of the mortgages and that breach of the operating agreements constitutes breach of the mortgages. In other words, sale or encumbrance of the properties without CMHC's consent would constitute both breach of the operating agreements and default of the mortgages.

In 1981, the Bank of British Columbia loaned \$3 million to Town House and Wellington, along with the respondent Wheeler Holdings Ltd. ("Wheeler"). The loan was secured by second mortgages on the projects and was personally guaranteed by the respondents Pamela K. Wheeler, Lois Anderson, Kate Wheeler, George L. Wheeler and Patricia May Kirk (all of whom are related). CMHC did not consent to the second mortgages. This mortgage was among the assets purchased by the respondent Hongkong Bank of Canada ("Hongkong") from the Bank of British Columbia in 1986.

In February 1982, Alberta adopted a new corporate law regime when the Alberta *Business Corporations Act*, S.A. 1981, c. B-15, was proclaimed in force. The new regime required companies incorporated under the *Companies Act*, R.S.A. 1980, c. C-20, to obtain continuances under the Alberta *Business Corporations Act* within prescribed times. Pursuant to these requirements, Wellington was continued under the Alberta *Business Corporations Act* in June 1985. Town House was continued in February 1986.

In 1988, Town House and Wellington agreed to sell the projects ("1988 sales") to the respondents 375069 Alberta Ltd. and 386360 Alberta Ltd. ("1988 purchasers"). The 1988 purchasers are

16. VENTE DE L'ENSEMBLE D'HABITATION

L'ensemble d'habitation ne doit, ni en totalité ni en partie, être vendu ou autrement aliéné pendant la durée du prêt, si ce n'est avec le consentement de la Société et aux conditions qu'elle peut approuver.

Les actes d'hypothèque reprennent les conditions des accords d'exploitation, en prévoyant que ces derniers font partie des hypothèques et que la violation des accords d'exploitation constitue une violation des hypothèques. Autrement dit, si les propriétés étaient vendues ou grevées d'une charge sans le consentement de la SCHL, il y aurait violation à la fois des accords d'exploitation et des conditions des hypothèques.

En 1981, la Banque de la Colombie-Britannique a prêté la somme de trois millions de dollars à Town House et à Wellington ainsi qu'à l'intimée Wheeler Holdings Ltd. («Wheeler»). Ce prêt était garanti par des hypothèques de second rang grevant les ensembles d'habitation et, personnellement, par les intimés Pamela K. Wheeler, Lois Anderson, Kate Wheeler, George L. Wheeler et Patricia May Kirk (tous apparentés). La SCHL n'a pas consenti aux hypothèques de second rang, lesquelles figuraient parmi l'actif que l'intimée la Banque Hongkong du Canada («Hongkong») a acheté à la Banque de la Colombie-Britannique en 1986.

En février 1982, l'Alberta a adopté un nouveau régime de droit des sociétés au moment de la promulgation de la *Business Corporations Act* de l'Alberta, S.A. 1981, ch. B-15. Sous ce nouveau régime, les sociétés constituées en vertu de la *Companies Act*, R.S.A. 1980, ch. C-20, étaient tenues d'obtenir, dans les délais prescrits, des prorogations en vertu de la *Business Corporations Act* de l'Alberta. Conformément à ces exigences, Wellington a été prorogée en vertu de la *Business Corporations Act* de l'Alberta en juin 1985 et Town House l'a été en février 1986.

En 1988, Town House et Wellington ont convenu de vendre les ensembles d'habitation («ventes de 1988») aux intimées 375069 Alberta Ltd. et 386360 Alberta Ltd. («acquéreurs de

owned and controlled by one person, John Ryan. Ryan is married to the respondent Pamela K. Wheeler who is one of the guarantors of the Bank of British Columbia mortgage and a sister to the two directors of Town House and Wellington, George L. Wheeler and Patricia May Kirk. CMHC did not consent to these sales. The 1988 sale agreements provided that title would be given to the 1988 purchasers free and clear of obligations under the CMHC operating agreements, and provided for liquidated damages if such title could not be given. These sale agreements also contained a provision expressly negating and rejecting the covenants implied by s. 62(1) of the Alberta *Land Titles Act*, R.S.A. 1980, c. L-5, with the result that the transferees did not assume the obligations under the mortgage.

In 1989, Hongkong began an action to foreclose on its second mortgages. Hongkong proposed a judicial sale of the projects ("1989 sale") to yet another numbered company owned by Ryan, namely the respondent 376491 Alberta Ltd. ("1989 purchaser"). The 1989 sale agreements provided that the 1989 purchaser would get title subject to the CMHC mortgages but free and clear of the terms of the CMHC operating agreements.

Hongkong sought approval of the 1989 sale from the Alberta Court of Queen's Bench, but on June 20, 1989 a Master refused this approval: 67 Alta. L.R. (2d) 337, 99 A.R. 94, 8 R.P.R. (2d) 189. Hongkong appealed this finding to a chambers judge, and the 1988 purchasers commenced an action seeking a declaration that they were owners of the projects under the 1988 sale agreements and that they were not bound by the CMHC operating agreements. The appeal and the actions were heard together by the chambers judge. On December 13, 1989, the 1989 sale was approved by the chambers judge and the 1988 purchasers were granted the

1988»). Les acquéreurs de 1988 appartiennent à une seule personne, John Ryan, qui en a également le contrôle. Ryan est l'époux de l'intimée Pamela K. Wheeler, l'un des garants du prêt hypothécaire consenti par la Banque de la Colombie-Britannique et sœur de George L. Wheeler et de Patricia May Kirk, les deux administrateurs de Town House et de Wellington. La SCHL n'a pas consenti à ces ventes. Les contrats de vente de 1988 stipulaient que les acquéreurs de 1988 recevraient un titre de propriété libre et quitte de toute obligation découlant des accords d'exploitation de la SCHL et prévoyaient le paiement de dommages-intérêts conventionnels au cas où un tel titre ne pourrait pas être accordé. Ces contrats de vente renfermaient également une clause qui écartait expressément les engagements implicites prévus au par. 62(1) de la *Land Titles Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, ch. L-5, de sorte que les cessionnaires n'ont pas assumé les obligations découlant de l'hypothèque.

En 1989, Hongkong a intenté une action en foreclosure à l'égard de ses hypothèques de second rang. Elle a proposé que les ensembles d'habitation soient vendus judiciairement («vente de 1989») à encore une autre société à numéro appartenant à Ryan, savoir l'intimée 376491 Alberta Ltd. («acquéreur de 1989»). Les contrats de vente de 1989 prévoyaient que l'acquéreur de 1989 obtiendrait un titre de propriété grevé des hypothèques de la SCHL, mais libre et quitte des conditions des accords d'exploitation de cette dernière.

Hongkong a demandé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta d'approuver la vente de 1989, mais, le 20 juin 1989, un protonotaire a refusé l'approbation: 67 Alta. L.R. (2d) 337, 99 A.R. 94, 8 R.P.R. (2d) 189. Hongkong a porté cette décision en appel devant un juge en chambre et les acquéreurs de 1988 ont intenté une action en vue de se faire déclarer propriétaires des ensembles d'habitation en vertu des contrats de vente de 1988 et de se faire déclarer en outre non liés par les accords d'exploitation de la SCHL. L'appel et les actions ont été entendus ensemble par le juge en chambre. Le 13 décembre 1989, la vente de 1989 a reçu

declaration they requested. Appeals were launched by CMHC in respect of each proceeding.

CMHC's appeal to the Alberta Court of Appeal was dismissed on November 15, 1990: 77 Alta. L.R. (2d) 149, 111 A.R. 42, 75 D.L.R. (4th) 307, 14 R.P.R. (2d) 1. A further order as to costs was made on January 4, 1991, in which the court awarded solicitor and client costs to CMHC and Hongkong: 78 Alta. L.R. (2d) 236, 112 A.R. 85, 75 D.L.R. (4th) 561.

Lower Court Judgments

Alberta Court of Queen's Bench (Master Quinn)

After a review of the facts, the Master noted that the effect of granting the order sought by Hongkong, which included a declaration that the provisions of the operating agreements preventing sale and encumbrance were unenforceable and void, would be that the 1989 purchaser would no longer be obliged to operate the projects as low-rental housing. The submissions in support of the desired order relied on *Canada Permanent Trust Co. v. King's Bridge Apartments Ltd.* (1982), 24 R.P.R. 32 (Nfld. S.C.), which held that a covenant in a mortgage prohibiting dealing with the property without consent of the mortgagee was void as a restraint on alienation. The statute of *Quia Emptores* of 1290, 18 Edw. I, c. 1, had established that fee simple is alienable property. The Master cited several authors for the proposition that restraint on alienation means a limitation on the free use of property by the new owner of property.

The Master reviewed several cases where restraints which were held to be invalid were contained in the document which conveyed fee simple, not in some other contract to which the landowner was a party. He stated that he was not convinced that *King's Bridge* was correct and he

l'approbation de ce dernier et les acquéreurs de 1988 se sont vu accorder le jugement déclaratoire demandé. La SCHL a interjeté appel à l'égard de chacune des procédures en question.

L'appel de la SCHL à la Cour d'appel de l'Alberta a été rejeté le 15 novembre 1990: 77 Alta. L.R. (2d) 149, 111 A.R. 42, 75 D.L.R. (4th) 307, 14 R.P.R. (2d) 1. Dans une ordonnance supplémentaire relative aux dépens, rendue le 4 janvier 1991, la cour a accordé à la SCHL et à Hongkong leurs dépens comme entre avocat et client: 78 Alta. L.R. (2d) 236, 112 A.R. 85, 75 D.L.R. (4th) 561.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (le protonotaire Quinn)

Après avoir examiné les faits, le protonotaire a constaté que, dans l'hypothèse où serait rendue l'ordonnance sollicitée par Hongkong, qui déclarerait notamment inexécutaires et nulles les dispositions des accords d'exploitation qui empêchaient la vente et la constitution de charges, l'acquéreur de 1989 ne serait plus tenu d'exploiter à titre de HLM les logements composant les ensembles d'habitation. Les arguments avancés à l'appui de la demande d'ordonnance reposaient sur la décision *Canada Permanent Trust Co. c. King's Bridge Apartments Ltd.* (1982), 24 R.P.R. 32 (C.S.T.-N.), dans laquelle une clause d'un acte d'hypothèque interdisant que le bien en cause fasse l'objet d'une opération quelconque sans le consentement du créancier hypothécaire a été jugée nulle parce qu'elle imposait une restriction à l'aliénation. Or, la loi *Quia Emptores* de 1290, 18 Edw. I, ch. 1, avait établi qu'un fief simple constitue un bien aliénable. Le protonotaire a cité plusieurs auteurs à l'appui de la proposition selon laquelle la restriction de l'aliénation revient à limiter la libre jouissance du bien par son nouveau propriétaire.

Le protonotaire a examiné plusieurs décisions dans lesquelles les restrictions déclarées invalides figuraient dans l'acte translatif de la propriété en fief simple et non pas dans un autre contrat auquel le propriétaire foncier était partie. Se disant non convaincu de la justesse de la décision *King's*

refused to follow it. The Master distinguished another case in which the restraints had been contained in the sale agreement and not in a mortgage. The Master also rejected an argument that the provisions in the CMHC mortgages should be held void as clogs on the equity of redemption, holding that these arguments were premature.

As a result, the Master dismissed the application. The Master ordered Hongkong to pay CMHC's costs, but refused to award costs to any other parties.

Alberta Court of Queen's Bench (Veit J.)

The chambers judge rendered judgment orally. After reviewing the facts and the parties' submissions, which for the first time raised the issue of the constitutional validity of the *National Housing Act*, the chambers judge stated that she generally accepted the arguments of those opposing the restrictions and rejected CMHC's arguments. Turning first to statutory interpretation, it was noted that the competent legislature can change the common law. However, there is a presumption that the legislature does not intend to make a substantial alteration of law beyond that which it explicitly declares. In addition, there is a presumption that a legislature does not intend to take away private property rights unless it does so explicitly. Given that the relevant concepts of free alienation and the equity of redemption are so fundamental, these presumptions were held to apply. Parliament did not change the common law explicitly. Therefore, "worthwhile as they may be, the objectives of the National Housing Act have to be met within the confines of the common law."

The chambers judge then turned to the constitutional issue. She stated that in general, property

Bridge, le protonotaire a refusé de la suivre. Il a fait une distinction d'avec une autre affaire où les restrictions s'étaient trouvées énoncées dans le contrat de vente plutôt que dans un acte d'hypothèque. En outre, le protonotaire a rejeté, parce qu'il le jugeait prématuré, l'argument selon lequel les clauses contenues dans les actes d'hypothèque de la SCHL devaient être jugées nulles parce qu'elles constituaient des entraves à l'exercice du droit de rachat.

Par conséquent, le protonotaire a rejeté la demande. Il a condamné Hongkong au paiement des dépens de la SCHL, mais a refusé d'accorder des dépens à d'autres parties.

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (le juge Veit)

Le juge en chambre a rendu oralement son jugement. Après avoir examiné les faits et les arguments des parties, qui soulevaient pour la première fois la question de la constitutionnalité de la *Loi nationale sur l'habitation*, le juge en chambre a dit que, d'une manière générale, elle retenait les arguments des parties qui s'opposaient aux restrictions et rejetait ceux de la SCHL. Se penchant d'abord sur la question de l'interprétation législative, elle a fait remarquer qu'il est loisible à l'assemblée législative compétente de modifier la common law. Il existe toutefois une présomption selon laquelle le législateur n'a pas l'intention d'y apporter de modification importante allant au-delà de ce qu'il déclare expressément. De plus, il existe une présomption selon laquelle un législateur n'a pas l'intention de supprimer des droits relatifs à la propriété privée, à moins qu'il ne le fasse explicitement. Étant donné que les concepts pertinents de la liberté d'aliénation et du droit de rachat sont si fondamentaux, ces présomptions ont été jugées applicables. Le Parlement n'a pas expressément modifié la common law. Par conséquent, [TRADUCTION] «pour valables qu'ils puissent être, les objectifs de la Loi nationale sur l'habitation doivent être atteints dans les limites de la common law».

Le juge en chambre a ensuite examiné la question constitutionnelle. Elle a affirmé qu'en règle

law is within provincial jurisdiction. No argument in support of federal jurisdiction had been made under the peace, order and good government power, and there was some provincial legislation in Alberta regarding the effect of the *National Housing Act* in Alberta, indicating that there was no federal jurisdiction to affect property rights in a province. Thus even if she were wrong with respect to the statutory interpretation issue, the chambers judge would hold that there was no statutory authority to enforce the CMHC mortgages because of the constitutional impediment to federal jurisdiction.

The chambers judge then held that the provisions of the operating agreements which stated that the agreements would remain in force for the term of the loan (40 years) should be struck down as clogs on the equity of redemption. The chambers judge then commented on CMHC's allegations that there was a deliberate attempt to evade the terms of the mortgages, stating that the parties' motives were irrelevant to the legal validity of the clauses in question. CMHC's own motives of providing cheap housing were not enough to resolve the dispute in its favour. CMHC had to achieve its objectives within the "common law structures of real property entitlements".

The chambers judge rejected an argument that the Crown should not be bound by common law when pursuing its purposes. The statute of *Quia Emptores* was a derogation from the Crown's right to control real property, and the Crown could not revert to the pre-*Statute* position without clear language. The chambers judge also rejected an argument that the sales were *ultra vires* the corporate objects of Town House and Wellington.

As a result, the chambers judge allowed the appeal, granted an order approving the 1989 sale of the properties and granted a declaration that the impugned provisions of the CMHC mortgages

générale le droit des biens relève de la compétence provinciale. Aucun argument fondé sur le pouvoir relatif à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement n'avait été invoqué en faveur d'une compétence fédérale et il existait une loi albertaine concernant l'effet de la *Loi nationale sur l'habitation* en Alberta, ce qui indiquait que le fédéral n'avait pas compétence pour modifier les droits sur les biens dans une province. Donc, même si elle avait tort sur la question de l'interprétation législative, le juge en chambre conclurait à l'inexistence d'un pouvoir légal de faire exécuter les garanties conférées par les hypothèques de la SCHL, et ce, parce que la Constitution excluait la compétence fédérale.

Le juge en chambre a ensuite décidé que les dispositions des accords d'exploitation stipulant que ceux-ci resteraient en vigueur pendant la durée du prêt (40 ans) devaient être annulées parce qu'elles constituaient des entraves à l'exercice du droit de rachat. Le juge en chambre a alors commenté les allégations de la SCHL selon lesquelles y avait eu une tentative délibérée de se soustraire aux conditions des hypothèques, affirmant que les mobiles des parties n'avaient rien à voir avec la validité juridique des clauses en question. Les propres mobiles de la SCHL, soit la création d'habitations à loyer modique, ne suffisaient pas pour régler le différend en sa faveur. Il fallait que la SCHL atteigne ses objectifs à l'intérieur des [TRADUCTION] «structures de common law des droits sur les biens immeubles».

Le juge en chambre a rejeté un argument selon lequel la Couronne ne devrait pas être liée par la common law dans la poursuite de ses objectifs. La loi *Quia Emptores* constituait une dérogation au droit de Sa Majesté de contrôler des biens immeubles et, en l'absence de langage clair, Sa Majesté ne pouvait retourner à la situation antérieure à cette loi. Le juge en chambre a également rejeté un argument selon lequel les ventes excédaient les objets de Town House et de Wellington.

Par conséquent, le juge en chambre a accueilli l'appel, rendu une ordonnance approuvant la vente de 1989 des biens en cause et déclaré que les clauses contestées des actes d'hypothèque de la SCHL

were invalid and that the 1988 purchasers were entitled to redeem. Hongkong was awarded solicitor and client costs from the other parties, and CMHC was ordered to indemnify other parties for costs payable to Hongkong.

Alberta Court of Appeal (1990), 77 Alta. L.R. (2d) 149 (Lieberman, Haddad and Irving JJ.A.)

The reasons of the court were delivered by Lieberman J.A. The court began with a review of the facts. The first issue was whether the *National Housing Act* creates a statutory restraint on alienation running with the land. The court held that the issue was settled by the presumption that a legislature does not intend to make any substantial alteration of the law beyond what is explicitly declared. “[I]f Parliament had intended to create a statutory restraint of alienation it would have done so explicitly” (p. 158). In addition, existing law should not be altered except to the extent necessary to implement the statutory language. “The right to freely alienate land is fundamental to fee simple ownership. There can be no change to this proposition without clear legislative mandate. That mandate is absent in the legislation relevant to these appeals” (p. 158). Given the conclusion on the statutory interpretation issue, the court found it unnecessary to deal with the constitutional issue.

The court noted that CMHC relied on three cases for its position that the operating agreements created valid restrictive covenants restraining alienation of the land, but the court distinguished all three cases. The court therefore concluded that unless CMHC could bring itself within the Crown immunity exception or the restrictive covenant exception, the impugned provisions were either personal covenants or void conditions in restraint on alienation. With respect to the Crown immunity exception, the court agreed with CMHC that the statute of *Quia Emptores* never bound the Crown. However, a 1327 statute had altered Crown immu-

étaient invalides et que les acquéreurs de 1988 pouvaient se prévaloir du droit de rachat. Les autres parties ont été condamnées à payer à Hongkong ses dépens comme entre avocat et client et la SCHL s’est vu ordonner d’indemniser les autres parties des dépens payables à Hongkong.

Cour d’appel de l’Alberta (1990), 77 Alta. L.R. (2d) 149 (les juges Lieberman, Haddad et Irving)

Les motifs de la cour ont été rendus par le juge Lieberman. La cour a commencé par exposer les faits. Il s’agissait en premier lieu de savoir si la *Loi nationale sur l’habitation* impose une restriction à l’aliénation rattachée au bien-fonds. La cour a conclu que cette question était tranchée par l’application de la présomption que le législateur n’a l’intention d’apporter à la common law aucune modification importante qui aille au-delà de ce qui est expressément déclaré. [TRADUCTION] «[S]i le Parlement avait voulu assujettir l’aliénation à une restriction légale, il l’aurait fait expressément» (p. 158). En outre, il ne convient pas de changer les règles de droit existantes, sauf dans la mesure où cela s’impose pour donner effet au texte législatif. [TRADUCTION] «Le droit à la libre aliénation de biens-fonds est essentiel à la propriété en fief simple. Voilà une proposition que l’on ne saurait modifier sans autorisation législative non équivoque. Or, cette autorisation ne se trouve pas dans les dispositions législatives qui sont pertinentes en l’espèce» (p. 158). Vu sa conclusion sur la question de l’interprétation législative, la cour n’a pas jugé nécessaire d’examiner la question constitutionnelle.

La cour a noté que la SCHL avait invoqué trois décisions à l’appui de sa position selon laquelle les accords d’exploitation renfermaient des clauses valides qui imposaient des restrictions à l’aliénation des biens-fonds, mais elle a fait une distinction d’avec chacune de ces décisions. La cour a donc conclu qu’à moins que la SCHL ne puisse démontrer que l’exception de l’immunité de la Couronne ou l’exception des clauses restrictives s’applique à elle, les dispositions contestées constituaient soit des engagements personnels, soit des conditions restrictives d’aliénation entachées de nullité. Quant à l’exception de l’immunité de la

nity by providing that even tenants holding land directly from the Crown could alienate their land. The proposition that the Crown is not immune from the rule against restraints on alienation had also been confirmed by the courts.

With respect to the argument that the operating agreement created a restrictive covenant, the court noted that a restrictive covenant requires three conditions. First, the restriction must be negative. Second, one plot of land must bear a burden and another must receive the benefit (that is, there must be a dominant and a recessive tenement). Third, the defendant cannot set up the overriding defence in equity of purchase of legal estate for resale without notice. The restriction in question was negative in nature. However, in Alberta a mortgage is only a charge against land. The mortgagee does not hold the legal estate. Thus the rule that a covenant not involving a grant does not run with the land except as between landlord and tenant is particularly important where the issue is a restrictive covenant. As a result, the second requirement for a restrictive covenant was not met and the court concluded that the covenants in question did not run with the land. In addition, there was no benefit to the land because the mortgagee's objects were benefitted but there was no benefit to the mortgage interest itself. With respect to the third requirement, annexing the covenants to mortgages which were registered against title was sufficient notice to subsequent purchasers or encumbrancers. Thus the court concluded that "the requirements of the restrictive covenant creating a right in rem that runs with the land are not met" (p. 164).

Couronne, la cour a convenu avec la SCHL que la Couronne n'a jamais été liée par la loi *Quia Emptores*. Toutefois, une loi de 1327 était venue modifier l'immunité de la Couronne en prévoyant que même les propriétaires qui tenaient leurs biens-fonds directement de la Couronne pouvaient les aliéner. De plus, la proposition selon laquelle la Couronne ne jouit d'aucune immunité contre l'application de la règle interdisant la restriction de l'aliénation avait été confirmée par les tribunaux.

En ce qui concerne l'argument voulant que l'accord d'exploitation ait créé une clause restrictive, la cour a fait remarquer que trois conditions sont nécessaires pour qu'une telle clause existe. En premier lieu, il doit s'agir d'une restriction négative. En deuxième lieu, un bien-fonds doit être grevé d'une servitude dont bénéficie un autre bien-fonds (c'est-à-dire qu'il doit y avoir un fonds dominant et un fonds servant). En troisième lieu, le défendeur ne saurait opposer le moyen de défense, primordial en *equity*, de l'achat du domaine légal en vue de le revendre sans préavis. Or, la restriction en cause était de caractère négatif. Toutefois, en Alberta, une hypothèque n'est qu'une charge grevant un bien-fonds. Le créancier hypothécaire n'est pas titulaire du domaine légal. Ainsi, la règle voulant qu'une clause ne comportant pas une cession ne se rattache pas au bien-fonds, si ce n'est en ce qui concerne le propriétaire et le locataire, revêt une importance particulière lorsque c'est une clause restrictive qui est en cause. Par conséquent, la seconde exigence qu'il y ait clause restrictive n'a pas été remplie et la cour a conclu que les clauses en question ne se rattachaient pas au bien-fonds. En outre, il n'y a eu aucun avantage en faveur du bien-fonds puisque les objets de la créancière hypothécaire ont été avantagés sans que le droit hypothécaire lui-même ne bénéficie de quelque avantage que ce soit. Quant à la troisième exigence, l'annexion de clauses à des hypothèques enregistrées grevant le titre de propriété constituait un avis suffisant pour les acquéreurs ou bénéficiaires de charge subséquents. C'est ainsi que la cour a conclu [TRADUCTION] «[qu']on ne satisfait pas aux exigences à remplir pour qu'il y ait clause restrictive créatrice d'un droit réel qui se rattache au bien-fonds» (p. 164).

Given its finding that the covenants were not restrictive covenants, the court held that it was unnecessary to determine whether the restrictive covenants would be unenforceable as clogs on the equity of redemption. The court also reviewed the objects of Town House and Wellington, concluding that the second mortgages were not *ultra vires* their corporate objects. The court relied upon s. 19(h) of *The Companies Act*, R.S.A. 1955, c. 53, which provided that a company may raise money by any means unless its objects expressly restrict such a power. In addition, the *National Housing Act* did not bar the second mortgages, as it merely provided that mortgagors must contract not to enter into subsequent mortgages. It did not provide that mortgagors could not enter into subsequent mortgages.

The court then turned to CMHC's submission that the respondents should be precluded from profiting from their own wrong. The court concluded that the second mortgages were not illegal contracts because the *National Housing Act* was not a statutory prohibition on sale or disposition of the properties. The court distinguished several cases which had held that the court would not assist in profiting from one's own wrong. The court found no evidence of an intention to circumvent the contractual liability of the Town House and Wellington, and therefore it was not an appropriate case to pierce the corporate veil.

As a result, the appeal was dismissed. On January 4, 1991, the court issued supplementary reasons with respect to costs. The court allowed CMHC's appeal of the costs order made by the chambers judge. The court found that the respondents knowingly breached the operating agreements. Despite their success in the appeal, they did not have clean hands. As a result, Town House and Wellington were ordered to pay costs to CMHC and Hongkong on a solicitor and client basis. No other parties were awarded costs.

Étant donné sa conclusion que les clauses en question n'étaient pas restrictives, la cour a jugé qu'il n'était pas nécessaire de décider si les clauses restrictives seraient inexécutoires pour le motif qu'elles constituent des entraves à l'exercice du droit de rachat. La cour a en outre examiné les objets de Town House et de Wellington, pour conclure que les hypothèques de second rang n'excédaient pas ces objets. Elle a invoqué l'al. 19(h) de *The Companies Act*, R.S.A. 1955, ch. 53, qui autorisait les sociétés à réunir des fonds par tous les moyens, sauf si leurs objets limitaient expressément ce pouvoir. De plus, la *Loi nationale sur l'habitation* n'interdisait pas les hypothèques de second rang, car elle exigeait simplement que les débiteurs hypothécaires s'engagent par contrat à ne pas consentir d'hypothèques subséquentes. Elle ne prévoyait pas que les débiteurs hypothécaires ne pouvaient pas en consentir.

La cour a ensuite examiné l'argument de la SCHL selon lequel il y avait lieu d'empêcher les intimés de tirer profit de leur propre acte illicite. La cour a conclu que les hypothèques de second rang n'étaient pas des contrats illégaux parce que la *Loi nationale sur l'habitation* n'interdisait pas la vente ou l'aliénation des biens-fonds. Elle a fait des distinctions d'avec plusieurs décisions dans lesquelles on avait statué que les tribunaux n'aideraient pas une personne à profiter de son propre acte illicite. D'après la cour, la preuve n'établissait aucune intention de contourner l'obligation contractuelle de Town House et de Wellington, si bien qu'il ne convenait pas en l'espèce de faire abstraction de la personnalité morale.

L'appel a en conséquence été rejeté. Le 4 janvier 1991, la cour a déposé des motifs supplémentaires quant aux dépens. Elle a accueilli l'appel interjeté par la SCHL contre l'ordonnance relative aux dépens rendue par le juge en chambre. La cour a conclu que les intimés avaient sciemment violé l'accord d'exploitation. En dépit de leur succès en appel, ils n'étaient pas sans reproche. Par conséquent, Town House et Wellington ont été condamnées à payer à la SCHL et à Hongkong leurs dépens comme entre avocat et client. Des dépens n'ont été accordés à aucune autre partie.

The Issues

1. *Clean Hands*: It was submitted that the action for a declaration and the application for a judicial sale are claims for equitable relief to which the respondents have disentitled themselves.

2. *Illegality*: The appellant submits that by virtue of s. 16(4)(g) of the *National Housing Act, 1954* the second mortgages and the 1988 and 1989 sales are illegal as either prohibited by statute or the policy underlying it. If the appellant is correct, the respondents raise a constitutional question as to whether the section is *ultra vires*. I have concluded that the appellant fails in respect of this submission and it will not be necessary to answer the constitutional question.

3. *Corporate Ultra Vires*: The appellant submits that the second mortgages and the agreements of sale are beyond the corporate powers of the respondents Town House and Wellington.

4. *Prepayment of Mortgages*: The appellant asks that the declaration that the respondents, the 1988 purchasers, are entitled to redeem the properties upon payment of the amounts outstanding under the first mortgages be set aside. The respondents, except Hongkong, have served and filed a motion under Rule 29 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, to vary the judgment of the Court of Appeal to declare that the clauses prohibiting sale or mortgage are void and not merely unenforceable. In order to decide these issues it is necessary to consider whether these provisions must be struck down as void restraints on alienation or are valid as personal covenants. If they are the latter, then it is further necessary to decide whether their breach is a default under the mortgage disentitling the 1988 purchasers to prepay. This in turn raises the issue as to whether in this

Les questions en litige

1. *La conduite irréprochable*: On a fait valoir que l'action en jugement déclaratoire et la demande de vente judiciaire visent toutes les deux à obtenir un redressement d'*equity* et que les intimés sont déçus du droit à un tel redressement.

2. *L'illégalité*: L'appelante soutient qu'aux termes de l'al. 16(4)g) de la *Loi nationale de 1954 sur l'habitation*, les hypothèques de second rang ainsi que les ventes de 1988 et de 1989 sont illégales parce qu'elles sont interdites soit par la Loi, soit par la politique qui la sous-tend. Dans l'hypothèse où l'appelante aurait raison, les intimés soulèvent une question constitutionnelle quant à savoir si cet article constitue un excès de pouvoir. Comme je ne retiens pas cet argument de l'appelante, il n'est pas nécessaire de répondre à la question constitutionnelle.

3. *L'excès de pouvoir commis par une personne morale*: L'appelante prétend que les hypothèques de second rang et les contrats de vente excèdent les pouvoirs des intimées Town House et Wellington.

4. *Le remboursement anticipé des hypothèques*: L'appelante demande l'infirmité du jugement déclarant que les intimés les acquéreurs de 1988 ont le droit de racheter les biens-fonds une fois payées les dettes hypothécaires de premier rang. Les intimés, sauf Hongkong, ont signifié et déposé en vertu de l'art. 29 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, une demande de modification du jugement de la Cour d'appel de façon à faire déclarer nulles et non simplement inexécutives les clauses interdisant la vente ou la constitution d'hypothèques. Pour trancher ces questions, il faut examiner si les clauses en question doivent être invalidées pour le motif qu'elles imposent des restrictions à l'aliénation ou bien si elles sont valides à titre d'engagements personnels. Dans ce dernier cas, il est en outre nécessaire de décider si leur violation constitue un manquement au contrat d'hypothèque qui entraîne pour les acquéreurs de 1988 la déchéance du droit d'effectuer un remboursement anticipé. Voilà qui soulève à son tour la question de savoir si, en pareil cas, les condi-

event the provisions in the mortgage are a clog on the equity of redemption and, therefore, void.

5. *Costs*: The respondents, except Hongkong, have moved pursuant to our Rule 29 to vary the order as to costs made by the Court of Appeal.

Analysis

1. *Clean Hands*

CMHC argues that the respondents should be denied the relief they seek because they are guilty of misconduct such as to disentitle them from equitable relief. Assuming for the moment that Town House and Wellington were legally capable of granting the second mortgage to the Bank of British Columbia (Hongkong Bank) and of disposing of the projects via the agreements for sale, it is evident that they have committed a flagrant breach of their contracts with CMHC. However, it is not Town House and Wellington who seek relief from the court in this action. With respect to the parties who are seeking relief from the court, I am not convinced that the remedies sought constitute equitable relief in every case or that there is in any event sufficient evidence before the court to conclude that these respondents have unclean hands. There is accordingly no equitable ground upon which to deny relief to the respondents.

In determining whether the respondents are entitled to equitable relief, it is important not to paint all the respondents with the same brush. As was noted in *Moody v. Cox*, [1917] 2 Ch. 71 (C.A.), at pp. 87-88, "equity will not apply the principle about clean hands unless the depravity, the dirt in question on the hand, has an immediate and necessary relation to the equity sued for." CMHC seeks to paint all respondents with the same brush, arguing that equity should deny all relief in this case because Town House and Wellington are seeking to escape obligations to CMHC. However, an entire transaction does not become tainted merely because certain parties to the transaction may have

tions de l'hypothèque sont nulles en tant qu'entraîvent à l'exercice du droit de rachat.

5. *Les dépens*: Les intimés, sauf Hongkong, ont présenté en vertu de l'art. 29 des Règles de notre Cour une demande de modification de l'ordonnance quant aux dépens rendue par la Cour d'appel.

Analyse

1. *La conduite irréprochable*

La SCHL fait valoir qu'il faut refuser aux intimés le redressement qu'ils demandent parce qu'ils se sont rendus coupables d'une inconduite qui leur enlève le droit à un redressement d'*equity*. En supposant pour le moment que Town House et Wellington étaient juridiquement habiles à consentir l'hypothèque de second rang à la Banque de la Colombie-Britannique (Banque Hongkong) et à aliéner les ensembles d'habitation au moyen des contrats de vente, il est évident qu'elles ont commis une violation flagrante de leurs contrats avec la SCHL. Ce ne sont toutefois pas Town House et Wellington qui demandent un redressement à la cour en l'espèce. Quant aux parties qui demandent un redressement à la cour, je ne suis pas convaincu que les redressements demandés constituent dans tous les cas des redressements d'*equity* ni, de toute façon, que la cour dispose d'une preuve suffisante pour pouvoir conclure que ces intimés ne sont pas sans reproche. Il n'y a donc aucun motif d'*equity* de refuser un redressement aux intimés.

En examinant si les intimés ont droit à un redressement d'*equity*, il importe de se garder de les mettre tous dans le même panier. Comme on l'a souligné dans l'arrêt *Moody c. Cox*, [1917] 2 Ch. 71 (C.A.), aux pp. 87 et 88, [TRADUCTION] «l'*equity* n'applique le principe de la conduite irréprochable que si le vice en question se rapporte directement et nécessairement au redressement d'*equity* sollicité». Or, la SCHL veut mettre tous les intimés dans le même panier, en soutenant que l'*equity* devrait refuser tout redressement en l'espèce parce que Town House et Wellington cherchent à échapper à leurs obligations envers elle. Toute une opération ne devient cependant pas enta-

unclean hands. Town House and Wellington may be seeking to escape obligations to CMHC, but this does not taint all transactions involving properties subject to those obligations. It is necessary to show that the respondents actually seeking relief from the court are in fact seeking equitable relief and are guilty of wrongdoing amounting to unclean hands.

The two numbered companies who are the purchasers under the 1988 sale agreements seek a declaration that they are the beneficial owners of the properties in question pursuant to these agreements. There has been significant debate in the literature and jurisprudence as to whether a declaration constitutes equitable relief or is a *sui generis* remedy and, if it is the latter, whether equitable principles should bar relief. The Chancery Courts of England had long exercised a limited jurisdiction to grant declaratory judgments, which power was expanded by the *Chancery Act* of 1850 (13 & 14 Vict., c. 35). With the merging of the two court systems under the *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (36 & 37 Vict., c. 66), declaratory jurisdiction was also assumed by the courts of common law. If one categorizes remedies by virtue of their origin in the Court of Chancery or the courts of common law, then, the declaratory judgment would seem to be an equitable remedy.

However, starting with the English case of *Chapman v. Michaelson*, [1909] 1 Ch. 238 (C.A.), a number of courts have held that the declaratory judgment does not constitute equitable relief. In *Chapman*, the Court of Appeal distinguished the granting of a declaration that security documents were invalid from the more common equitable remedy of delivering up of the unenforceable security documents. In the latter situation, relief was always made subject to equitable conditions of

chée d'un vice du simple fait qu'il se peut que certaines parties à cette opération ne soient pas sans reproche. Il se peut que Town House et Wellington cherchent à échapper à des obligations envers la SCHL, mais cela ne vicie pas pour autant la totalité des opérations touchant les biens-fonds assujettis à ces obligations. Il faut démontrer que les intimés qui demandent effectivement un redressement à la cour sollicitent en réalité un redressement d'*equity* et qu'ils se sont rendus coupables d'une conduite répréhensible qui fait qu'ils ne peuvent être considérés comme étant sans reproche.

Les deux sociétés à numéro, qui sont les acquéreurs en vertu des contrats de vente de 1988, demandent un jugement déclarant que, conformément à ces contrats, elles sont les propriétaires à titre bénéficiaire des propriétés en question. Les questions de savoir si un jugement déclaratoire constitue un redressement d'*equity* ou un redressement *sui generis* et, dans ce dernier cas, si les principes de l'*equity* devraient empêcher le redressement ont été amplement débattues dans la doctrine et dans la jurisprudence. Pendant longtemps, les tribunaux d'*equity* d'Angleterre avaient exercé une compétence limitée pour rendre des jugements déclaratoires, laquelle compétence a été élargie par la *Chancery Act* de 1850 (13 & 14 Vict., ch. 35). La fusion des deux systèmes judiciaires sous le régime de la *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (36 & 37 Vict., ch. 66), a eu pour effet de conférer aux tribunaux de common law aussi le pouvoir de rendre des jugements déclaratoires. Alors, si l'on classifie les redressements selon qu'ils procèdent des tribunaux d'*equity* ou des tribunaux de common law, le jugement déclaratoire semblerait constituer un redressement d'*equity*.

Toutefois, à commencer par l'arrêt anglais *Chapman c. Michaelson*, [1909] 1 Ch. 238 (C.A.), un certain nombre de tribunaux ont statué que le jugement déclaratoire ne constitue pas un redressement d'*equity*. Dans l'arrêt *Chapman*, la Cour d'appel a fait une distinction entre le fait de rendre un jugement déclarant invalides des documents de garantie et le redressement d'*equity* plus courant consistant à remettre les documents de garantie inexécutaires. Dans le second cas, le redressement

repayment being imposed on the borrower, but the court refused to impose similar conditions on a borrower granted a declaratory remedy on the grounds that the declaration “is not equitable relief” (p. 242). Although some English decisions have taken a different approach in the intervening years, the *Chapman* approach was reiterated in *Tito v. Waddell (No. 2)*, [1977] Ch. 106, in which Megarry V.-C. stated that the remedy is “neither a legal nor an equitable remedy, but statutory” (p. 259).

This view as to the nature of the declaratory remedy has largely prevailed in Australia and New Zealand. Similarly, the consensus in Canada seems to be that the remedy is *sui generis* rather than wholly equitable. Sarna in *The Law of Declaratory Judgments* (2nd ed. 1988), for example, states at p. 216 that “[t]he development of Canadian case law has seen little or no reference to the equitable nature of the remedy”.

However, a number of Canadian judgments at the lower levels have applied equitable principles to those who seek a declaration. For example, in *Sara v. Sara* (1962), 36 D.L.R. (2d) 499, the British Columbia Court of Appeal refused to grant a declaration that a marriage was void to a man who had polygamously married his Canadian wife in order to be admitted to the country, and then been supported by her for a number of years after his arrival, on the basis *inter alia* that the husband had unclean hands. *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550 (Man. C.A.), and *Re MacDonald and Law Society of Manitoba* (1975), 54 D.L.R. (3d) 372 (Man. Q.B.), also take the view that the declaratory remedy is an equitable one. At least some American decisions are to the same effect, such as *Campbell v. Campbell*, 300 N.Y.S. 760 (Sup. Ct. 1937), and *Mills v. Mills*, 179 A. 5 (Conn. 1935), in which the plaintiffs were held to

était toujours assujetti à la condition que des modalités de remboursement prescrites par l'*equity* soient imposées à l'emprunteur, mais la cour a refusé d'imposer des conditions analogues à l'emprunteur en faveur duquel était rendu un jugement déclaratoire, pour le motif qu'un tel jugement [TRADUCTION] «ne constitue pas un redressement d'*equity*» (p. 242). Malgré l'adoption d'un point de vue différent dans quelques décisions anglaises rendues au cours des années qui ont suivi, c'est l'approche *Chapman* qui a été reprise dans l'arrêt *Tito c. Waddell (No. 2)*, [1977] Ch. 106, où le vice-chancelier Megarry a dit qu'il s'agit d'un redressement qui ne découle [TRADUCTION] «ni de la common law ni de l'*equity*, mais de la loi» (p. 259).

C'est cette perception de la nature du jugement déclaratoire qui l'a emporté dans une large mesure en Australie et en Nouvelle-Zélande. De même, au Canada, on semble s'accorder pour dire que le redressement en question est *sui generis* et ne relève pas entièrement de l'*equity*. Par exemple, Sarna, dans son ouvrage intitulé *The Law of Declaratory Judgments* (2^e éd. 1988), affirme, à la p. 216, que [TRADUCTION] «[c']est à peine si la jurisprudence canadienne mentionne que ce redressement tient de l'*equity*».

Toutefois, un certain nombre de décisions de tribunaux d'instance inférieure ont appliqué des principes d'*equity* aux auteurs de demandes de jugement déclaratoire. Mentionnons à titre d'exemple l'arrêt *Sara c. Sara* (1962), 36 D.L.R. (2d) 499, dans lequel la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a refusé de rendre un jugement déclarant nul le mariage d'un homme polygame qui avait épousé une Canadienne afin de pouvoir entrer au Canada et qui s'était fait entretenir par cette femme pendant un certain nombre d'années après être arrivé au pays, et ce, pour le motif, notamment, que le mari n'était pas sans reproche. Dans les arrêts *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550 (C.A. Man.), et *Re MacDonald and Law Society of Manitoba* (1975), 54 D.L.R. (3d) 372 (B.R. Man.), on adopte aussi le point de vue selon lequel le jugement déclaratoire est un redressement d'*equity*. Il existe au moins quelques décisions

be disentitled to declaratory relief on the basis of unclean hands and laches, respectively.

While the above decisions all seem to have been based, expressly or impliedly, on the view that declaratory relief was equitable in nature, it appears that even if the remedy is seen to be *sui generis*, equitable principles such as clean hands can play a role in the exercise of the court's discretion whether or not to grant the remedy. As Zamir states in *The Declaratory Judgment* (1986), at p. 191:

This discretion is employed, as discretion was originally employed in respect of all equitable remedies, primarily to do justice in the particular case before the court. It is wide enough to allow the court to take into account virtually all objections and defences possible in equitable proceedings.

Zamir goes on to cite various English cases in which the motives of the plaintiff were taken into account, the claim was dismissed on the basis of laches, and inequitable behaviour on the part of the plaintiff was considered to be a defence to a declaratory judgment.

Some other authors take a different approach. In *Equity—Doctrines and Remedies* (2nd ed. 1984), at p. 466, Meagher, Gummow and Lehane review a number of decisions and conclude that on both authority and principle, the traditional equitable barriers to relief do not apply to declaratory relief. Likewise, Sarna, *supra*, at p. 216, states that "there has yet to appear a serious proposal that the exercise of discretion on declaratory proceedings be

américaines qui vont dans le même sens, dont *Campbell c. Campbell*, 300 N.Y.S. 760 (Sup. Ct. 1937), et *Mills c. Mills*, 179 A. 5 (Conn. 1935), dans lesquelles on a statué que les demandeurs n'avaient pas droit à un jugement déclaratoire, dans le premier cas pour cause de conduite répréhensible et, dans le second, en raison du manque de diligence.

Bien que les décisions susmentionnées paraissent toutes être fondées, expressément ou implicitement, sur le point de vue selon lequel le redressement sous forme de jugement déclaratoire tient de l'*equity*, il semble que, même si ce redressement est considéré comme étant *sui generis*, des principes d'*equity* comme celui de la conduite irréprochable peuvent jouer un rôle dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal d'accorder ou de refuser le redressement. Comme le dit Zamir dans *The Declaratory Judgment* (1986), à la p. 191:

[TRADUCTION] Ce pouvoir discrétionnaire s'exerce, comme il a initialement été exercé à l'égard de tous les redressements d'*equity*, principalement pour que justice soit rendue dans la cause dont le tribunal est saisi. Sa portée est suffisamment large pour permettre au tribunal de prendre en considération la quasi-totalité des objections et des moyens de défense pouvant être invoqués en matière d'*equity*.

Zamir cite ensuite diverses décisions anglaises où on a tenu compte des mobiles du demandeur, où la demande a été rejetée pour cause de manque de diligence et où la façon non conforme à l'*equity* dont le demandeur s'était conduit a été considérée comme un moyen de défense opposable à un jugement déclaratoire.

Certains autres auteurs adoptent un point de vue différent. Dans *Equity—Doctrines and Remedies* (2^e éd. 1984), à la p. 466, Meagher, Gummow et Lehane passent en revue un certain nombre de décisions et concluent que, d'après la jurisprudence et les principes, les obstacles traditionnels de l'*equity* à l'obtention d'un redressement ne s'appliquent pas au jugement déclaratoire. De même, Sarna, *op. cit.*, à la p. 216, affirme que [TRADUCTION] «personne n'a encore sérieusement proposé que l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans le

confined to the general principles governing equity”.

While it may be that certain equitable restrictions such as the requirement that legal remedies be insufficient and that there be a probability of irreparable or at least very serious damage should not be applied to declaratory remedies, I would conclude that in the exercise of the discretion whether or not to grant a declaration, the court may take into account certain equitable principles such as the conduct of the party seeking the relief. In the context of this case, then, the allegation that the 1988 purchasers have unclean hands should be addressed.

The only real evidence before this Court with regard to the alleged misconduct of the 1988 purchasers is that they knew that the 1988 sale agreements constituted a breach of the CMHC mortgages and in fact agreed to pay a higher price for the land if the operating agreements could be successfully breached. As well, there is the fact that shortly after the execution of the sale agreements, the sole director and shareholder of the numbered companies married the sister of the directors of Town House and Wellington. In my view, this evidence is too tenuous a foundation for the application of the principle. Absent a finding of collusion, knowledge by a purchaser that the vendor is breaching a contractual provision would be insufficient to disentitle the purchaser to equitable relief. This conclusion applies with greater force to the exercise of discretion to refuse declaratory relief in which the “unclean hands” doctrine is applied in a less structured manner and is but one of the factors to be considered. With respect to the family connection, no finding was made by the courts below with respect to any scheme between the parties to defeat the rights of CMHC. Without such a finding, this fact alone is of little importance.

cadre d'une action en jugement déclaratoire se limite aux principes généraux applicables en matière d'*equity*».

^a Bien qu'il se puisse que certaines restrictions imposées par l'*equity* comme, par exemple, l'exigence que les redressements de common law soient insuffisants et qu'il y ait probabilité d'un préjudice irréparable ou du moins très grave, ne devraient pas s'appliquer aux jugements déclaratoires, je conclurais qu'en exerçant son pouvoir discrétionnaire de rendre ou non un jugement déclaratoire, le tribunal peut tenir compte de certains principes d'*equity*, tels que la conduite de la partie qui demande le redressement. Il y a donc lieu, dans le contexte de la présente affaire, d'examiner l'allégation que les acquéreurs de 1988 ne ^d sont pas sans reproche.

La seule véritable preuve dont dispose notre Cour relativement à l'inconduite reprochée aux acquéreurs de 1988 est qu'ils savaient que les contrats de vente de 1988 violaient les conditions des hypothèques de la SCHL et qu'ils ont en fait convenu de payer le bien-fonds plus cher si les accords d'exploitation pouvaient être violés avec succès. De même, il y a le fait que, peu après la signature des contrats de vente, l'unique administrateur et actionnaire des sociétés à numéro a épousé la sœur des administrateurs de Town House et de Wellington. À mon avis, ces éléments de preuve sont trop faibles pour justifier l'application du principe. En l'absence d'une constatation de collusion, le fait que l'acquéreur ait su que le vendeur agissait en violation d'une condition du contrat ne suffirait pas pour que l'acquéreur soit déchu du droit à un redressement d'*equity*. Cette conclusion s'applique à plus forte raison à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser un jugement déclaratoire, où la théorie de la «conduite répréhensible» est appliquée d'une façon moins structurée et n'est qu'un des facteurs à prendre en considération. En ce qui concerne le lien de parenté, les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas conclu à l'existence d'un complot entre les parties en vue de contrecarrer les droits de la SCHL. Sans une telle conclusion, ce seul fait revêt peu d'importance.

The only party unquestionably seeking equitable relief in this case is Hongkong, which is seeking a judicial sale in its mortgage foreclosure action. There is no evidence that Hongkong was guilty of any misconduct. Hongkong seems particularly free of suspicion of misconduct because it was not even the original mortgagee. It purchased a mortgage acquired by its predecessor in title. If Hongkong were the original mortgagee, there might be suspicion that the second mortgages had been made with the intention of intentionally defaulting in order to escape obligations to CMHC. Here there can be no such suspicion because Hongkong purchased the mortgages some five years after they were first made. There is no evidence of a plot to enter into second mortgages as part of a scheme to escape obligations to CMHC, but even if there was such a scheme Hongkong could not have been a participant. The mere fact that the relationship among the numbered companies, Town House and Wellington may arouse suspicions is not a sufficient basis upon which to deny an equitable remedy to Hongkong.

With respect to the numbered company which seeks to purchase under the judicial sale in the foreclosure action, CMHC argues that all participants in a foreclosure action, including the prospective purchasers at a court-conducted sale, must be governed by equitable principles. In this case, it is evident that the 1989 purchaser knew of the provisions of the operating agreement, and in fact the Offer to Purchase is expressly stated to be contingent on a declaration by the court that the terms, conditions and obligations in the operating agreement will not be binding on the purchaser. Nonetheless, aside from the relationship of the 1989 purchaser to the other numbered companies and to Town House and Wellington, which will be discussed below, there does not appear to be evidence of wrongdoing on the part of the 1989 purchaser which would warrant a finding of unclean hands.

La seule partie qui, en l'espèce, cherche incontestablement à obtenir un redressement d'*equity*, c'est Hongkong qui demande, dans le cadre de son action en forclusion hypothécaire, qu'il soit procédé à une vente judiciaire. Rien ne prouve que Hongkong s'est rendue coupable d'inconduite. Elle semble d'ailleurs être particulièrement à l'abri de tout soupçon d'inconduite parce qu'elle n'était même pas le créancier hypothécaire initial. Elle a acheté une créance hypothécaire acquise par son prédécesseur en titre. Si Hongkong avait été le créancier hypothécaire initial, on aurait peut-être pu soupçonner que les hypothèques de second rang avaient été consenties dans le but de tomber volontairement en défaut et de se soustraire ainsi à des obligations envers la SCHL. Il ne peut y avoir aucun soupçon de ce genre en l'espèce parce que Hongkong s'est portée acquéreur des hypothèques environ cinq ans après qu'elles eurent été consenties. Il n'y a aucune preuve de complot en vue de consentir des hypothèques de second rang dans le cadre d'un projet d'échapper à des obligations envers la SCHL, mais, même s'il avait existé un tel projet, Hongkong n'aurait pas pu y participer. Le simple fait que les rapports entre les sociétés à numéro Town House et Wellington puissent éveiller des soupçons ne constitue pas un motif suffisant pour refuser à Hongkong un redressement d'*equity*.

Quant à la société à numéro qui cherche à se porter acquéreur lors de la vente judiciaire demandée dans l'action en forclusion, la SCHL fait valoir que les principes d'*equity* doivent s'appliquer à tous les participants à une telle action, y compris les acheteurs éventuels lors d'une vente judiciaire. Il est évident en l'espèce que l'acquéreur de 1989 était au courant des dispositions de l'accord d'exploitation et, en fait, l'offre d'achat est expressément assujettie à la condition que soit rendu un jugement déclarant l'acquéreur non lié par les modalités et les obligations énoncées dans l'accord d'exploitation. Néanmoins, exception faite du lien entre l'acquéreur de 1989, d'une part, et les autres sociétés à numéro et Town House et Wellington, d'autre part, dont il sera question plus loin, il semble n'y avoir aucune preuve d'acte répréhensible de la part de l'acquéreur de 1989 qui justifierait

As is the case with the 1988 purchasers, mere knowledge that one is participating in a transaction which constitutes a breach of a contract to which one is not a party does not seem to me to be sufficient to constitute unclean hands. Further, a review of the jurisprudence in this area fails to reveal any cases in which a judicial sale has been disallowed on the basis of the unclean hands of the proposed purchaser, which may well be a result of the fact that, as here, it is not the purchaser but the mortgagee who seeks relief from the court, even though the purchaser stands to benefit from the relief.

CMHC relied on *Re Valley Vu Realty (Ottawa) Ltd. and Victoria & Grey Trust Co.* (1984), 44 O.R. (2d) 526 (H.C.), aff'd (1984), 47 O.R. (2d) 544n (C.A.), and *Colonial & Home Fuel Distributors Ltd. v. Skinners' Ltd.* (1963), 39 D.L.R. (2d) 579 (Man. Q.B.), aff'd (1963), 46 D.L.R. (2d) 695 (Man. C.A.), aff'd [1964] S.C.R. v, in support of its contention that relief should be denied on equitable grounds. In my view, both cases are distinguishable because in both cases there was direct evidence that the very parties who were seeking equitable relief were guilty of misconduct in that they were parties to a breach of contract.

In *Re Valley Vu, supra*, the court refused to assist a mortgagor in obtaining a discharge of a mortgage through prepayment because the mortgagor had intentionally breached the terms of the mortgage, including a provision restraining alienation. In this case, neither Hongkong nor the numbered companies is party to a breach of contract. The only parties in breach are Town House and Wellington. In *Colonial*, the court refused to allow a party to use a company which was his *alter ego* to circumvent a restrictive covenant. In this case, there is no clear evidence and no finding that either Hongkong or any of the numbered companies were the *alter egos* of Town House and Wellington. I

de conclure à une conduite répréhensible. Comme dans le cas des acquéreurs de 1988, la simple connaissance que l'on participe à une opération qui viole un contrat auquel on n'est pas partie ne me paraît pas suffisante pour constituer une conduite répréhensible. D'autre part, la jurisprudence dans ce domaine ne fait pas état d'un seul cas dans lequel une vente judiciaire a été refusée en raison de la conduite répréhensible de l'acquéreur éventuel, ce qui pourrait bien s'expliquer par le fait que, comme en l'espèce, c'est non pas l'acquéreur mais le créancier hypothécaire qui demande un redressement à la cour, quoique l'acquéreur soit en passe de bénéficier de ce redressement.

À l'appui de son argument selon lequel un redressement devait être refusé pour des motifs d'*equity*, la SCHL a invoqué les décisions *Re Valley Vu Realty (Ottawa) Ltd. and Victoria & Grey Trust Co.* (1984), 44 O.R. (2d) 526 (H.C.), conf. par (1984), 47 O.R. (2d) 544n (C.A.), et *Colonial & Home Fuel Distributors Ltd. c. Skinners' Ltd.* (1963), 39 D.L.R. (2d) 579 (B.R. Man.), conf. par (1963), 46 D.L.R. (2d) 695 (C.A. Man.), conf. par [1964] R.C.S. v. À mon avis, une distinction peut être faite d'avec ces deux décisions parce qu'il existait, dans les deux cas, une preuve directe que les parties mêmes qui sollicitaient le redressement d'*equity* étaient coupables d'inconduite du fait qu'elles avaient participé à une violation de contrat.

Dans l'affaire *Re Valley Vu*, précitée, la cour a refusé d'aider un débiteur hypothécaire à obtenir l'extinction d'une hypothèque par voie de remboursement anticipé parce que ce débiteur avait intentionnellement violé les conditions de l'hypothèque, notamment celle imposant des restrictions à l'aliénation. En l'espèce, ni Hongkong ni les sociétés à numéro n'ont participé à une violation de contrat. Les seules parties coupables de violation sont Town House et Wellington. Dans l'affaire *Colonial*, la cour a refusé de permettre à une partie de se servir d'une société qui était son *alter ego* afin de contourner une clause restrictive. En l'espèce, la preuve n'établit pas clairement, et on n'a pas conclu, que Hongkong ou l'une ou l'autre des sociétés à numéro était l'*alter ego* de Town House

agree with Lieberman J.A.'s assessment of the respondents' relationship (at p. 168):

One can, of course, speculate about the motivation behind the parties entering into the agreements for sale and its connection or otherwise with the relationship of those parties, but without evidence to substantiate such a speculation the appellant's submission falls far short of establishing a common operating mind behind the respondent companies. There is in my view no direct evidence to establish an intention to circumvent the contractual liability of the original mortgagors, and I cannot infer such an intention. This is not a case justifying the piercing of the corporate veil.

The relationship between the numbered companies and Town House and Wellington is undoubtedly suspicious, but without direct evidence it is impossible to conclude that they jointly acted to free Town House and Wellington of their obligations towards CMHC.

The numbered companies do seek to avoid the CMHC operating agreement but in so far as the terms of the operating agreement are incorporated into the mortgages, which is the extent the statute contemplates, CMHC retains the right to accelerate the loan or increase the interest rates. Thus even if Hongkong is granted the equitable relief which it seeks, CMHC is not left without a remedy for breach of its operating agreements.

I therefore conclude that there is no basis for refusing equitable relief or declaratory relief to the respondents on the "clean hands" principle.

2. Illegality

CMHC's foremost argument against the transactions was that the second mortgages and the 1988 sale agreements were illegal contracts. CMHC argued that these contracts were contrary to the public policy set out in the *National Housing Act*. In my view, the *National Housing Act* does not

et de Wellington. Je souscris à l'appréciation qu'a faite le juge Lieberman des rapports entre les intimés (à la p. 168):

^a [TRADUCTION] On peut, bien sûr, conjecturer sur les motifs qui ont incité les parties à conclure les contrats de vente et sur le lien, s'il en est, que ces motifs peuvent avoir avec les rapports entre ces parties, mais sans preuve confirmant ces conjectures, l'argument de l'appelante est bien loin d'établir l'existence d'une âme dirigeante commune aux sociétés intimées. Il n'y a, selon moi, aucune preuve directe d'une intention de contourner les obligations contractuelles des débitrices hypothécaires initiales et je ne puis inférer l'existence de cette intention. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas qui justifie de faire abstraction de la personnalité morale.

^d Les rapports entre les sociétés à numéro et Town House et Wellington sont indubitablement suspects, mais, sans preuve directe, il est impossible de conclure qu'elles se sont concertées pour déga-ger Town House et Wellington de leurs obligations envers la SCHL.

^e Les sociétés à numéro cherchent effectivement à se soustraire à l'application de l'accord d'exploitation de la SCHL, mais, dans la mesure où les conditions de cet accord sont incorporées dans les actes d'hypothèque, ce qui correspond à ce que prévoit la Loi, la SCHL conserve le droit d'exiger le remboursement anticipé du prêt ou d'augmenter les taux d'intérêt. Donc, même si le redressement d'*equity* sollicité par Hongkong lui était accordé, la SCHL ne se trouverait pas sans recours pour la violation de ses accords d'exploitation.

^h Je conclus donc qu'il n'y a aucune raison de refuser aux intimés, par application du principe de la «conduite irréprochable», un redressement d'*equity* ou un jugement déclaratoire.

2. L'illégalité

ⁱ La SCHL a fait valoir principalement, à l'encontre des opérations en cause, que les hypothèques de second rang et les contrats de vente de 1988 constituaient des contrats illégaux. Ces contrats, a soutenu la SCHL, étaient contraires à la politique générale énoncée dans la *Loi nationale*

prohibit the transactions in question. As a result, this ground of attack fails.

At the time of the operating agreements, sale and disposition of mortgaged properties were referred to in s. 16(4)(g) of the *National Housing Act, 1954*, which read as follows:

16. ...

(4) A contract with a limited-dividend housing company entered into under this section shall provide that

(g) except with the consent of the Corporation and on such terms and conditions as the Corporation may approve the project or any part thereof shall not be sold or otherwise disposed of during the term of the loan;

This provision was repealed and replaced by the *Act to amend the National Housing Act, 1954*, S.C. 1968-69, c. 45, s. 7. The replacement to s. 16(4)(g) now appears as s. 26(3)(b) of the *National Housing Act*, R.S.C., 1985, c. N-11. The wording of s. 26(3)(b) differs somewhat from that of s. 16(4)(g), but it is not materially different for the purposes of the issue of illegality, and the parties referred in their submissions to s. 16(4)(g). For ease of reference, I will therefore refer to s. 16(4)(g).

CMHC cited *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (12th ed. 1991), at p. 349, for the proposition that a contract which is expressly or impliedly prohibited by statute is illegal and therefore void. In my view, s. 16(4)(g) neither expressly nor impliedly prohibited the second mortgages and the 1988 sale agreements.

The prohibition contained in s. 16(4)(g) is not express. Indeed, CMHC did not contend that s. 16(4)(g) expressly prohibits the contracts in question. I cannot read s. 16(4)(g) as doing anything more than requiring CMHC to obtain contractual restraints on disposition. The whole of

sur l'habitation. À mon avis, la *Loi nationale sur l'habitation* n'interdit pas les opérations en question. Ce moyen ne saurait donc être retenu.

Au moment de la conclusion des accords d'exploitation, la vente et l'aliénation de biens hypothéqués étaient mentionnées à l'al. 16(4)(g) de la *Loi nationale de 1954 sur l'habitation*, dont voici le texte:

16. ...

(4) Un contrat passé avec une compagnie de logement à dividendes limités, sous le régime du présent article, doit renfermer les stipulations suivantes:

(g) sauf du consentement de la Société et aux conditions qu'elle peut approuver, le projet, non plus qu'une partie de celui-ci, ne doit être vendu ni autrement aliéné pendant la durée du prêt;

Cette disposition a été abrogée et remplacée par la *Loi modifiant la Loi nationale de 1954 sur l'habitation*, S.C. 1968-69, ch. 45, art. 7. La disposition remplaçant l'al. 16(4)(g) figure maintenant à l'al. 26(3)(b) de la *Loi nationale sur l'habitation*, L.R.C. (1985), ch. N-11. Le texte de l'al. 26(3)(b) diffère quelque peu de celui de l'al. 16(4)(g), mais cette différence n'est pas importante aux fins de la question de l'illégalité et c'est à l'al. 16(4)(g) que les parties se sont référées dans leur argumentation. Par souci de commodité, je vais donc me référer à l'al. 16(4)(g).

La SCHL a cité *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (12^e éd. 1991), à la p. 349, à l'appui de la proposition selon laquelle un contrat expressément ou implicitement interdit par une loi est illégal et, partant, nul. À mon avis, l'al. 16(4)(g) n'interdisait pas expressément ou implicitement les hypothèques de second rang et les contrats de vente de 1988.

L'interdiction énoncée à l'al. 16(4)(g) n'est pas expresse. En fait, la SCHL n'a pas prétendu qu'il interdit expressément les contrats en question. Je ne saurais interpréter l'al. 16(4)(g) comme faisant rien de plus qu'exiger de la SCHL qu'elle obtienne des restrictions contractuelles à l'aliénation. Tout

s. 16 is directed towards the terms to be incorporated in the contract. It is impossible to read such a provision as an express statutory restraint on disposition.

I am also of the opinion that s. 16 does not contain an implied prohibition of the transactions in question. Interpreting s. 16 as creating an implied statutory restraint on disposition would deprive Hongkong of its mortgages and the 1988 purchasers of their title, in the absence of CMHC's consent. Such a deprivation of property rights is not lightly implied.

CMHC argued that the second mortgages and the 1988 sale agreements violated the policy of the *National Housing Act*. However, I view the policy of the *National Housing Act* differently. The policy of the *National Housing Act* is to place the governing arrangements in a contract between the mortgagor and mortgagee. CMHC then takes its security and protects itself in accordance with the provincial law applicable to the property. In some instances provincial legislation has been enacted to exclude the general law from applying to projects under the *National Housing Act*. For example, s. 43 of the *Law of Property Act*, R.S.A. 1980, c. L-8, exempts *National Housing Act* mortgages from some of the restrictive provisions of that statute. Moreover, s. 16(4)(h) of the *National Housing Act*, 1954 stipulates a special remedy for breach, namely acceleration of the loan or increasing the rate of interest. Had Parliament intended the provisions of the Act to have extra-contractual force, it would not have used the contractual mechanism as distinct from simply legislating against alienation.

It is common ground that the second mortgages and the 1988 sales are subject to the CMHC mortgages. Hongkong can only dispose of the mortgagor's equity, and the 1988 purchasers take subject to the CMHC mortgages. The fundamental question is whether the contractual provisions can be enforced against strangers to the contract. Sec-

l'article 16 porte sur les conditions à inclure dans le contrat. Il est impossible d'interpréter une telle disposition comme imposant expressément une restriction à l'aliénation.

Je suis également d'avis que l'art. 16 ne contient pas d'interdiction implicite des opérations en cause. Interpréter l'art. 16 comme imposant à l'aliénation une restriction implicite aurait pour effet de priver Hongkong de ses hypothèques, et les acquéreurs de 1988 de leur titre de propriété, en l'absence de consentement de la part de la SCHL. On ne conclut pas à la légère à une telle privation des droits de propriété.

La SCHL a soutenu que les hypothèques de second rang et les contrats de vente de 1988 violaient la politique de la *Loi nationale sur l'habitation*. Toutefois, je perçois cette politique différemment. La *Loi nationale sur l'habitation* vise à faire consigner les modalités applicables dans un contrat entre le débiteur hypothécaire et le créancier hypothécaire. La SCHL prend ensuite sa garantie et se protège en conformité avec les règles de droit provinciales applicables au bien en question. Certaines provinces ont adopté des lois qui soustraient à l'application du droit général les ensembles d'habitation visés par la *Loi nationale sur l'habitation*. Par exemple, l'art. 43 de la *Law of Property Act*, R.S.A. 1980, ch. L-8, soustrait les hypothèques consenties en vertu de la *Loi nationale sur l'habitation* à l'application de certaines dispositions restrictives de cette loi. De plus, l'al. 16(4)h) de la *Loi nationale de 1954 sur l'habitation* prévoit un redressement particulier en cas de violation, savoir le remboursement anticipé du prêt ou l'augmentation du taux d'intérêt. Si le Parlement avait voulu que les dispositions de la Loi ait un effet extracontractuel, il n'aurait pas prévu le recours au contrat plutôt que de simplement légiférer pour interdire l'aliénation.

Les parties conviennent que les hypothèques de second rang et les ventes de 1988 sont assujetties aux hypothèques de la SCHL. Hongkong ne peut aliéner que le droit de la débitrice hypothécaire sur le bien-fonds, et l'acquisition par les acquéreurs de 1988 est assujettie aux hypothèques de la SCHL. La question fondamentale est de savoir si les dis-

tion 16 clearly applies to CMHC, directing the conditions under which it must operate. It does not purport to apply to the mortgagors, let alone third parties. In my view CMHC's remedies are contractual, either under the terms of the operating agreements or under the terms of its mortgages. Any sale, judicial or otherwise, can only sell the property subject to the mortgages. The Court of Appeal held that the operating agreement did not create covenants running with the land. CMHC, in its factum, stated that it "did *not* argue that the clauses preventing sale or mortgage "run with the land", nor that they are "rights in rem" (emphasis in original). This is not, therefore, an issue in this appeal.

We must remember that the Act contemplated transactions taking place under provincial property law, the granting of a mortgage securing the loan. If CMHC's argument is correct, a federal statute would be imposing real property restraints without regard to the provincial real property regime. One cannot lightly conclude that Parliament, having spoken in terms of contracts and mortgages, intended to create restraints that are inconsistent with the common law and the Torrens system of title holding.

Furthermore, the underlying constitutional context suggests that s. 16 should be interpreted so that it does not impliedly prohibit the transactions in question. If s. 16 prohibits the sale or encumbrance of properties mortgaged to CMHC, then it would be a statutory restraint on alienation altering the common law rule that restraints on alienation are void. Under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*, Parliament has no jurisdiction to legislate with respect to property and civil rights in a province. Without deciding the point, there would at least be a serious question about the validity of a federal statute creating a restraint on alienation. By requiring the arrangements to be created by contract,

positions contractuelles sont opposables aux tiers étrangers au contrat. L'article 16, qui s'applique manifestement à la SCHL, prescrit les conditions dans lesquelles elle doit fonctionner. Il n'est pas censé s'appliquer aux débiteurs hypothécaires ni, à plus forte raison, aux tiers. Selon moi, les recours de la SCHL sont contractuels et sont fondés soit sur les accords d'exploitation, soit sur les conditions de ses actes d'hypothèque. Le bien ne peut être vendu, judiciairement ou autrement, qu'en demeurant assujetti aux hypothèques. La Cour d'appel a conclu que l'accord d'exploitation ne créait pas de clauses rattachées au bien-fonds. Dans son mémoire, la SCHL a déclaré qu'elle [TRADUCTION] «ne soutenait pas que les clauses interdisant la vente ou la constitution d'une hypothèque «se rattachaient au bien-fonds» ni qu'il s'agissait de «droits réels» (en italique dans l'original). Il s'agit donc d'une question qui ne se pose pas en l'espèce.

Il faut se rappeler que la Loi envisageait des opérations qui se dérouleraient sous le régime du droit provincial en matière de biens, le prêt étant garanti au moyen d'une hypothèque. Si l'argument de la SCHL était juste, une loi fédérale se trouverait à imposer des restrictions relatives aux biens immeubles, sans tenir compte du régime provincial en vigueur dans ce domaine. On ne saurait conclure à la légère que le Parlement, ayant parlé de contrats et d'hypothèques, a voulu imposer des restrictions incompatibles avec la common law et le système Torrens de détention de titres de propriété.

En outre, le contexte constitutionnel sous-jacent laisse supposer qu'il y a lieu d'interpréter l'art. 16 de manière à ce qu'il n'interdise pas implicitement les opérations en question. Si l'article 16 interdisait de vendre des propriétés faisant l'objet d'hypothèques consenties à la SCHL ou de les grever d'une charge quelconque, il imposerait une restriction à l'aliénation, qui viendrait modifier la règle de common law selon laquelle les restrictions imposées à l'aliénation sont nulles. L'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, n'investit pas le Parlement du pouvoir de légiférer relativement à la propriété et aux droits civils dans une province. Sans trancher ce point, il se pose à tout le moins

Parliament avoided any doubts about the validity of s. 16. Since the express words of Parliament appear to have been employed to avoid any constitutional challenge, it would be unwise to adopt an interpretation of those words which is not only strained but also creates the difficulty which Parliament avoided.

For these reasons, I conclude that s. 16 does not prohibit the second mortgages and the 1988 sales, either expressly or impliedly. Section 16 does not create a statutory restraint on alienation. Accordingly, the constitutional question does not arise and need not be answered.

3. Corporate Ultra Vires

CMHC's next argument against the transactions was that the second mortgages were *ultra vires* the corporate powers of Town House and Wellington. In my view, the second mortgages were not *ultra vires* and accordingly this ground of attack fails.

At first glance, it seems somewhat surprising that a corporate *ultra vires* argument is raised in this appeal, given that the corporate *ultra vires* doctrine has now all but disappeared. The *ultra vires* argument arises because Town House and Wellington were incorporated under the *Companies Act* which was still in force at the time of the second mortgages. Town House and Wellington were accordingly still subject to the corporate *ultra vires* doctrine at that time.

The appellant did not argue the *ultra vires* issue with respect to the 1988 sales in its factum, but by a letter to the Court after the hearing, counsel for CMHC suggested that these transactions could still

une question sérieuse au sujet de la validité d'une loi fédérale qui impose une restriction à l'aliénation. En exigeant que les arrangements soient pris par contrat, le Parlement a évité que la validité de l'art. 16 ne soit mise en doute. Puisque les termes exprimés du Parlement semblent avoir été employés pour éviter toutes contestations fondées sur la Constitution, il ne serait guère judicieux d'en adopter une interprétation qui est non seulement forcée, mais qui crée aussi la difficulté que le Parlement a évitée.

Pour ces motifs, je conclus que l'art. 16 n'interdit, ni expressément ni implicitement, les hypothèques de second rang et les ventes de 1988. L'article 16 n'impose pas de restriction à l'aliénation. Par conséquent, la question constitutionnelle ne se pose pas et il n'est pas nécessaire d'y répondre.

3. L'excès de pouvoir commis par une personne morale

L'argument que la SCHL avance ensuite à l'encontre des opérations en cause veut que les hypothèques de second rang excédaient les pouvoirs des sociétés Town House et Wellington. À mon avis, les hypothèques de second rang ne constituaient pas un excès de pouvoir, si bien que ce moyen est rejeté.

À première vue, il semble quelque peu surprenant que l'on avance dans le présent pourvoi l'argument de l'excès de pouvoir par une personne morale, étant donné que la théorie de l'excès de pouvoir par une personne morale est maintenant pratiquement disparue. Si cet argument est invoqué, c'est parce que Town House et Wellington ont été constituées en personnes morales sous le régime de la *Companies Act* qui était encore en vigueur au moment où les hypothèques de second rang ont été consenties. La théorie de l'excès de pouvoir par une personne morale s'appliquait donc toujours, à cette époque, à Town House et à Wellington.

L'appelante n'a pas abordé dans son mémoire la question de l'excès de pouvoir en ce qui concerne les ventes de 1988, mais, dans une lettre adressée à la Cour après l'audience, l'avocat de la SCHL a

be analyzed in light of the *ultra vires* doctrine as this doctrine had not been abolished by the Alberta *Business Corporations Act*, and that, further, the actions of the officers of Town House and Wellington in making the 1988 sale agreements were *ultra vires* the officers as not being in furtherance of objectives set out in the Articles of Continuance. However, it has been well-established that the doctrine of *ultra vires* as it stood under the *Companies Act* was abolished by s. 15(1) of the Alberta *Business Corporations Act* (see, for example, the recent decision of Iacobucci J. in *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388). As will be discussed more fully below, the fact that the Articles of Continuance state that the businesses to be carried on by the corporations are subject to the provisions of the *National Housing Act* is not sufficient to find the sale agreements or mortgages *ultra vires* according to the doctrine as it existed under the *Companies Act*, much less under the *Business Corporations Act*.

It was also submitted that the combined effect of s. 117(2) and s. 18 of the *Business Corporations Act*, which require that the directors and officers comply with the Act, articles and by-laws but protect third parties without notice from the consequence of non-compliance, rendered the transactions *ultra vires*. These provisions are simply a statutory indoor management rule and do not, as the appellant suggests, govern the situation where a third party such as CMHC claims that a transaction between the corporation and another party should be held void on the basis of non-compliance with the articles. There is therefore no basis upon which to find the 1988 sale agreements to be *ultra vires* Town House and Wellington.

indiqué qu'il était encore possible d'analyser ces opérations à la lumière de la théorie de l'excès de pouvoir puisque la *Business Corporations Act* de l'Alberta ne l'avait pas abolie, et il a fait valoir en outre qu'en concluant les contrats de vente de 1988, les dirigeants de Town House et de Wellington avaient outrepassé leurs pouvoirs parce que ces contrats n'avaient rien à voir avec la réalisation des objectifs énoncés dans les statuts de prorogation. Il est toutefois bien établi que la théorie de l'excès de pouvoir ou théorie de l'*ultra vires* telle qu'elle existait sous le régime de la *Companies Act* a été abolie par le par. 15(1) de la *Business Corporations Act* de l'Alberta (voir, par exemple, les récents motifs du juge Iacobucci dans l'affaire *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 R.C.S. 388). Comme le révèle l'analyse plus approfondie que nous entreprenons plus loin, le fait que les statuts de prorogation stipulent que les entreprises à exploiter par les sociétés en question sont assujetties aux dispositions de la *Loi nationale sur l'habitation* n'est pas suffisant pour conclure que les contrats de vente ou les hypothèques constituent un excès de pouvoir suivant la théorie qui existait sous le régime de la *Companies Act*, et encore moins le sont-ils sous le régime de la *Business Corporations Act*.

On a fait valoir également que le par. 117(2) et l'art. 18 de la *Business Corporations Act*, qui exigent que les administrateurs et les dirigeants se conforment à la Loi, aux statuts et aux règlements, mais qui protègent contre les conséquences de l'inobservation les tiers non avisés de cette inobservation, ont pour effet conjugué de rendre *ultra vires* les opérations en question. Ces dispositions ne sont rien d'autre qu'une règle légale de gestion interne et, contrairement à ce qu'affirme l'appellante, elles ne s'appliquent pas dans une situation où un tiers, comme la SCHL, prétend qu'une opération intervenue entre la personne morale et une autre partie devrait être jugée nulle pour cause d'inobservation des statuts. Rien ne justifie donc une conclusion que Town House et Wellington ont excédé leurs pouvoirs en passant les contrats de vente de 1988.

The objects of Town House and Wellington are identical and read as follows:

(a) To acquire land for building purposes and to lay out building lots and to clear and improve the same in any manner, to construct, purchase, hold, enjoy and manage low rental housing projects consisting of two or more one-family dwellings or one or more multiple family dwellings or a combination of one family or multiple family dwellings; and in connection with the foregoing to purchase, lease, construct, develop, hold, enjoy, manage, improve and assist in improving any and all properties owned or controlled by the Company, recreational and educational facilities, commercial space or buildings including retail stores, shops, offices and other community services in connection with low rental housing projects.

(b) In connection with the foregoing to deal in building material of all kinds and description and carry on business as general contractors.

Thus the objects of Town House and Wellington do not expressly authorize them to grant second mortgages. However, the power to encumber a company's property would normally fall within the scope of s. 20(1)(h) of the *Companies Act*, R.S.A. 1980, c. C-20:

20(1) For the purpose of carrying out its objects, a company other than a specially limited company has the following powers, except those of them expressly excluded by the memorandum:

(h) the power to borrow or raise or secure the payment of money in any manner the company thinks fit

CMHC argued that the second mortgages do not fall within s. 20(1)(h) because of the following restriction contained in the memoranda of association of Town House and Wellington:

The objects for which the Company is established are subject to the provisions of The National Housing Act, 1954, and amendments thereto . . .

Les objets de Town House et de Wellington sont identiques et sont ainsi formulés:

[TRADUCTION] a) Acquérir des biens-fonds à des fins de construction, lotir les terrains à bâtir, défricher et améliorer ceux-ci de quelque manière que ce soit, construire, acheter, détenir, posséder et gérer des ensembles d'habitation HLM composés d'au moins deux habitations unifamiliales ou d'au moins une habitation multifamiliale ou d'une combinaison des deux types d'habitations; dans le cadre des activités ci-dessus énumérées, acquérir, prendre à bail, construire, aménager, détenir, posséder, gérer, améliorer et aider à améliorer l'une quelconque ou la totalité des propriétés appartenant à la société ou contrôlées par elle ainsi que les installations récréatives et éducatives et les locaux ou immeubles commerciaux, y compris les magasins de vente au détail, les boutiques, les bureaux et d'autres services communautaires liés aux ensembles d'habitation HLM.

b) Dans le cadre des activités ci-dessus énumérées, faire le commerce de toutes sortes de matériaux de construction et exercer des activités d'entrepreneur général.

Ainsi, les objets de Town House et de Wellington ne les autorisent pas expressément à consentir des hypothèques de second rang. Toutefois, le pouvoir de grever les biens d'une société découlerait normalement de l'al. 20(1)(h) de la *Companies Act*, R.S.A. 1980, ch. C-20:

[TRADUCTION] 20(1) Aux fins de réaliser ses objets, une société autre qu'une société soumise à des restrictions particulières possède les pouvoirs suivants, à l'exception de ceux qui sont expressément exclus par l'acte constitutif:

h) le pouvoir d'emprunter ou de réunir des fonds ou d'en garantir le paiement, comme la société le juge bon . . .

La SCHL a fait valoir que les hypothèques de second rang ne relèvent pas de l'al. 20(1)(h) en raison de la restriction suivante énoncée dans les actes constitutifs de Town House et de Wellington:

[TRADUCTION] Les objets pour lesquels la société est constituée sont assujettis aux dispositions de la Loi nationale de 1954 sur l'habitation et ses modifications

CMHC noted that there is a distinction between a company's objects, contained in the memorandum of association, and its powers, granted by s. 20 of the *Companies Act*. A company's powers can only be used to achieve its objects. *In re Introductions Ltd.*, [1970] Ch. 199 (C.A.), established that the power to borrow money is not an independent object. Thus the power in s. 20(1)(h) can only be used to achieve objects contained in the memorandum of association.

It has long been recognized that the *ultra vires* doctrine should not be applied restrictively. *Attorney-General v. Great Eastern Railway Co.* (1880), 5 App. Cas. 473 (H.L.) stated at p. 478 that the *ultra vires* doctrine

ought to be reasonably, and not unreasonably, understood and applied, and that whatever may fairly be regarded as incidental to, or consequential upon, those things which the Legislature has authorized, ought not (unless expressly prohibited) to be held, by judicial construction, to be *ultra vires*.

As is noted in *Palmer's Company Law* (24th ed. 1987), vol. 1, at pp. 143-44, "in modern law the courts are unlikely to hold a contract to be *ultra vires* the company unless, on a reasonable construction of the objects clause and the other clauses of the memorandum and articles, there are compelling grounds to arrive at that result." Such an approach is amply demonstrated by such cases as *Bell Houses Ltd. v. City Wall Properties Ltd.*, [1966] 2 Q.B. 656 (C.A.), and *In re New Finance and Mortgage Co.*, [1975] Ch. 420.

In Canada it is particularly important not to interpret corporate capacity restrictively, since, as discussed above, the *ultra vires* doctrine has been abolished in most Canadian jurisdictions, including Alberta. It would be anachronistic for the courts to interpret corporate powers narrowly when most Canadian legislatures have indicated

La SCHL a fait remarquer qu'il y a une distinction entre les objets d'une société énoncés dans son acte constitutif, et ses pouvoirs conférés par l'art. 20 de la *Companies Act*. Les pouvoirs d'une société ne peuvent s'exercer que pour réaliser ses objets. L'arrêt *In re Introductions Ltd.*, [1970] Ch. 199 (C.A.), établit que le pouvoir d'emprunter de l'argent ne constitue pas un objet distinct. Le pouvoir conféré par l'al. 20(1)h ne peut donc être exercé que pour réaliser les objets énoncés dans l'acte constitutif.

Il est reconnu depuis longtemps que la théorie de l'excès de pouvoir ne devrait pas s'appliquer restrictivement. Dans l'arrêt *Attorney-General c. Great Eastern Railway Co.* (1880), 5 App. Cas. 473 (H.L.), on lit, à la p. 478, que la théorie de l'excès de pouvoir

[TRADUCTION] devrait être interprétée et appliquée d'une manière raisonnable et non déraisonnable et que les tribunaux ne devraient pas (en l'absence d'une interdiction expresse) recourir à l'interprétation pour déclarer *ultra vires* tout ce qui peut à juste titre être considéré comme accessoire ou découlant de ce qu'a autorisé le législateur.

Comme on le constate dans *Palmer's Company Law* (24^e éd. 1987), vol. 1, aux pp. 143 et 144, [TRADUCTION] «selon le droit contemporain, il est peu probable que les tribunaux décideront qu'une société a excédé ses pouvoirs en concluant un contrat, à moins que, selon une interprétation raisonnable de la clause énonçant ses objets et des autres clauses de l'acte constitutif et des statuts, cette conclusion s'impose pour de sérieux motifs». Voilà un point de vue amplement démontré par des décisions comme *Bell Houses Ltd. c. City Wall Properties Ltd.*, [1966] 2 Q.B. 656 (C.A.), et *In re New Finance and Mortgage Co.*, [1975] Ch. 420.

Au Canada, il importe particulièrement de ne pas interpréter restrictivement la notion de capacité d'une personne morale puisque, comme nous l'avons déjà vu, la théorie de l'excès de pouvoir a été abolie dans la plupart des ressorts canadiens, dont l'Alberta. Il serait anachronique que les tribunaux interprètent restrictivement les pouvoirs des personnes morales alors que la plupart des assemblées législatives du Canada ont indiqué que les

that companies should have all the legal powers of natural persons.

Furthermore, it has long been recognized that companies generally require the ability to mortgage their property in order to undertake their ordinary business operations: see *In re the Patent File Co.* (1870), L.R. 6 Ch. 83, and *General Auction Estate and Monetary Co. v. Smith*, [1891] 3 Ch. 432. Even without a statutory power such as the one contained in s. 20(1)(h), the power to mortgage is a power exercisable by most companies unless that power is expressly excluded in the memorandum of association.

Following this general approach to the *ultra vires* doctrine, I cannot conclude that the second mortgages were *ultra vires*. The corporate objects of Town House and Wellington include the ability to “purchase, lease, construct, develop, hold, enjoy, manage, improve and assist in improving any and all properties owned or controlled by the Company”. The ability to raise funds by making second mortgages on the company’s property is sufficiently incidental to these objects. It is difficult to imagine how a company whose objects include the ownership and development of real estate could reasonably function without the incidental ability to finance its operations by mortgaging its property. Furthermore, as Lieberman J.A. noted, “there is no evidence that the mortgage loan was not applied to accomplish a corporate object” (p. 167). Thus *In re Introductions Ltd.*, *supra*, can be distinguished from this case. *In re Introductions Ltd.* involved a loan which violated an express object of the company. In this case, the loan does not violate an express object of Town House or Wellington. By mortgaging their properties, Town House and Wellington were exercising their powers under s. 20(1)(h) in furtherance of corporate objects.

Similarly, I cannot conclude that the memoranda of association of Town House and Wellington

sociétés devraient être investies de tous les pouvoirs juridiques des personnes physiques.

De plus, il est reconnu depuis longtemps qu’en règle générale les sociétés ont besoin de la capacité d’hypothéquer leurs biens afin de pouvoir exercer leurs activités commerciales ordinaires: voir *In re the Patent File Co.* (1870), L.R. 6 Ch. 83, et *General Auction Estate and Monetary Co. c. Smith*, [1891] 3 Ch. 432. Même en l’absence d’un pouvoir conféré par la loi comme celui de l’al. 20(1)h, le pouvoir d’hypothéquer peut être exercé par la plupart des sociétés, à moins que leurs actes constitutifs ne l’excluent expressément.

Suivant cette perception de la théorie de l’excès de pouvoir, je ne puis conclure que les hypothèques de second rang constituaient un excès de pouvoir. Les objets de Town House et de Wellington consistent notamment à «acquérir, prendre à bail, construire, aménager, détenir, posséder, gérer, améliorer et aider à améliorer l’une quelconque ou la totalité des propriétés appartenant à la société ou contrôlées par elle». La capacité de réunir des fonds en consentant des hypothèques de second rang grevant les biens de la société est suffisamment accessoire par rapport à ces objets. Il est difficile de concevoir comment une société dont les objets comprennent la possession et l’aménagement de biens immeubles pourrait raisonnablement fonctionner sans jouir de la capacité accessoire de financer ses opérations en hypothéquant ses biens. En outre, comme l’a fait remarquer le juge Lieberman, [TRADUCTION] «il n’y a aucune preuve que l’emprunt hypothécaire n’a pas été affecté à la réalisation d’un objet de la société» (p. 167). L’arrêt *In re Introductions Ltd.*, précité, peut donc être distingué de la présente affaire. Dans l’affaire *In re Introductions Ltd.*, il s’agissait d’un emprunt qui violait un objet exprès de la société, tandis que l’emprunt présentement en cause ne va à l’encontre d’aucun objet exprès de Town House ou de Wellington. En hypothéquant leurs propriétés, ces dernières se trouvaient à exercer les pouvoirs que leur confère l’al. 20(1)h dans la poursuite de leurs objets.

De même, je ne puis conclure que les actes constitutifs de Town House et de Wellington

exclude the power granted to them by s. 20(1)(h). Companies have all the powers set out in s. 20, "except those of them expressly excluded by the memorandum". It is important to note that the powers in s. 20 must be excluded expressly. Excluding the power in s. 20(1)(h) would require far more express language than the phrase "[t]he objects for which the Company is established are subject to the provisions of the National Housing Act, 1954, and amendments thereto".

In addition, the argument that this proviso excludes the power to mortgage depends to a large extent upon the argument I have already rejected, namely that s. 16 of the *National Housing Act, 1954* prohibits or makes illegal the granting of second mortgages. The Act does not provide that a company cannot be incorporated with other objects or powers. It requires CMHC to make loans to companies whose objects satisfy the definition of a limited-dividend housing company. One of its objects must be to construct and operate such a company and there must be a restriction on the dividends. Again, in my view, the remedy for breach (for example, paying out excessive dividends) is the contractual one. Section 16(3)(k) makes it clear that CMHC was to satisfy itself, and there is no suggestion of interfering with provincial corporate law:

16. . . .

(3) A loan may be made under this section only to a limited-dividend housing company that has entered into a contract with the Corporation on the terms set out in subsection (4), to construct a low-rental housing project or to convert existing buildings into a low-rental housing project if

(k) the powers given to the company and activities or transactions that are permitted by its charter or other instrument of incorporation are satisfactory to the Corporation.

excluent le pouvoir que leur accorde l'al. 20(1)(h). Les sociétés détiennent tous les pouvoirs énoncés à l'art. 20, «à l'exception de ceux qui sont expressément exclus par l'acte constitutif». Il importe de souligner que les pouvoirs énoncés à l'art. 20 doivent faire l'objet d'une exclusion expresse. L'exclusion du pouvoir conféré à l'al. 20(1)(h) nécessiterait l'emploi de mots beaucoup plus explicites que la phrase «[l]es objets pour lesquels la société est constituée sont assujettis aux dispositions de la Loi nationale de 1954 sur l'habitation et ses modifications.»

De plus, l'argument selon lequel cette réserve exclut le pouvoir de consentir des hypothèques est fonction dans une large mesure de l'argument que j'ai déjà écarté, savoir que l'art. 16 de la *Loi nationale de 1954 sur l'habitation* interdit ou rend illégales les hypothèques de second rang. Cette loi n'empêche pas la constitution d'une société ayant d'autres objets ou pouvoirs. Elle exige que la SCHL consente des prêts à des sociétés dont les objets correspondent à la définition d'une société immobilière à dividendes limités. L'un de ces objets doit être de construire et d'exploiter une telle société et il doit y avoir une restriction quant aux dividendes. Là encore, selon moi, le redressement en cas de violation (le paiement de dividendes excessifs, par exemple) est celui découlant du contrat. Il ressort nettement du sous-al. 16(3)(k) que la SCHL doit être satisfaite et il n'y est nullement question d'ingérence dans le droit provincial des sociétés:

16. . . .

(3) Un prêt peut être effectué en vertu du présent article seulement à une compagnie de logement à dividendes limités qui a passé un contrat avec la Société aux conditions énoncées au paragraphe (4), pour construire un projet d'habitations à bas loyer ou pour transformer des immeubles existants en un projet d'habitations à bas loyer:

(k) si la Société est satisfaite des pouvoirs conférés à la compagnie et des activités ou opérations permises par sa charte ou tout autre acte constitutif.

The conclusion that the second mortgages are not *ultra vires* is strengthened by considering the purpose of the *ultra vires* doctrine. Gower, *Gower's Principles of Modern Company Law* (4th ed. 1979), at p. 161, describes the *ultra vires* doctrine as follows:

Its purpose was two-fold. First to protect investors in the company so that they might know the objects for which their money was to be employed: and secondly to protect creditors of the company by ensuring that its funds, to which alone they could look for payment in the case of a limited company, were not dissipated in unauthorized activities.

The application of the *ultra vires* doctrine to invalidate the second mortgages would not further this purpose. CMHC is a creditor of Town House and Wellington and thus is entitled to use the *ultra vires* doctrine to protect its loan from unauthorized use. However, CMHC's complaint is not that its loan is endangered but rather that it simply does not want Town House and Wellington to make the second mortgages. Thus CMHC is not seeking to use the *ultra vires* doctrine for the purpose of protecting its position as a creditor, but rather is seeking to use it to maintain control over Town House and Wellington. This is an improper use of the *ultra vires* doctrine. The *ultra vires* doctrine is not designed to give creditors the power to control their debtors, even where such control is to be exercised for a beneficial public purpose.

As a result, I conclude that neither the 1988 sale agreements nor the second mortgages were *ultra vires* the corporate powers of Town House and Wellington.

4. Prepayment of Mortgages

The appellant seeks deletion of the declaration contained in para. 6 of the chamber judge's formal judgment relating to each of Town House and Wellington and confirmed by the Court of Appeal. The declaration entitles 1988 purchasers to pay off the first mortgages and redeem. The Court of Appeal found that the provisions of the agreements which

La conclusion que les hypothèques de second rang ne constituent pas un excès de pouvoir se trouve renforcée par l'examen de l'objet de la théorie de l'excès de pouvoir. Gower, dans *Gower's Principles of Modern Company Law* (4^e éd. 1979), à la p. 161, décrit ainsi cette théorie:

[TRADUCTION] Son objet était double. Elle visait premièrement à protéger les investisseurs d'une société en leur permettant de connaître les objets à la réalisation desquels devait être affecté leur argent et, deuxièmement, à protéger les créanciers de cette société en garantissant que les fonds de celle-ci, qui constituent leur seule source de remboursement dans le cas d'une société à responsabilité limitée, ne soient pas dissipés dans des activités non autorisées.

L'application de la théorie de l'excès de pouvoir pour invalider les hypothèques de second rang ne permettrait pas d'atteindre ce but. La SCHL est créancière de Town House et de Wellington et a donc le droit d'invoquer la théorie de l'excès de pouvoir afin d'empêcher que les fonds qu'elle a prêtés servent à des fins non autorisées. Cependant, la SCHL ne se plaint pas que son prêt est en péril, mais elle dit simplement qu'elle ne veut pas que Town House et Wellington consentent les hypothèques de second rang. Elle ne cherche donc pas à recourir à la théorie de l'excès de pouvoir pour se protéger en sa qualité de créancière; au contraire, elle veut l'invoquer pour garder le contrôle sur Town House et Wellington. Il s'agit là d'un usage illégitime de cette théorie. Celle-ci n'a pas été conçue pour investir les créanciers du pouvoir de contrôler leurs débiteurs, fût-ce dans un but avantageux pour le public.

Par conséquent, je conclus que ni les contrats de vente de 1988 ni les hypothèques de second rang n'excédaient les pouvoirs des sociétés Town House et Wellington.

4. Le remboursement anticipé des hypothèques

L'appelante demande la suppression de la déclaration figurant au par. 6 du jugement formel du juge en chambre qui vise Town House et Wellington respectivement et qui a été confirmé par la Cour d'appel. Cette déclaration reconnaît aux acquéreurs de 1988 le droit de purger les hypothèques de premier rang et de les racheter. La Cour

prohibited sale or other disposition were unenforceable because they were not restrictive covenants running with the land. The Court of Appeal also appears to have concluded that therefore they could not be conditions in restraint of alienation in that they created *in personam* rights only and not rights *in rem*. The Court of Appeal declined to decide whether the provisions were a clog on the equity of redemption because in view of the finding that these provisions were not restrictive covenants, the issue was academic. The respondents seek to have the provisions declared void presumably to ensure that the right to redeem is not affected.

In my opinion, having characterized these provisions as *in personam* rights, the Court of Appeal could not affirm the declaration entitling the 1988 purchasers to redeem unless it also concluded that breach of these covenants did not create a default under the mortgages that disentitled these respondents to prepay the amount owing. Whether or not a breach of these covenants had this effect depends largely on the interpretation of any pre-payment provision contained in the mortgage. This is a matter not addressed by the Court of Appeal. I propose to first consider whether the Court of Appeal was right in concluding that the impugned provisions created *in personam* rights and then whether enforcement of *in personam* rights precludes prepayment and consequent redemption of the mortgages. Finally I will consider whether, if redemption is precluded by reason of the enforcement of the *in personam* rights, this constitutes a clog on the equity of redemption.

To the extent that the policy against restraints on alienation applies to contractual provisions that are not annexed to the land so as to run with the land, it does not render such provisions unenforceable for all purposes. Contractual provisions are simply

d'appel a statué que les clauses des accords qui interdisaient la vente ou toute autre forme d'aliénation étaient inexécutaires parce qu'il ne s'agissait pas de clauses restrictives rattachées au bien-fonds. La Cour d'appel semble également avoir conclu qu'il ne pouvait donc s'agir de conditions restrictives d'aliénation du fait qu'elles créaient des droits personnels seulement et non pas des droits réels. La Cour d'appel a refusé de décider si les clauses en question représentaient une entrave à l'exercice du droit de rachat parce que, vu la conclusion qu'il ne s'agissait pas de clauses restrictives, la question ne revêtait qu'un intérêt théorique. Les intimés demandent que lesdites clauses soient déclarées nulles afin vraisemblablement d'assurer qu'aucune atteinte ne soit portée au droit de rachat.

À mon avis, après avoir qualifié de personnels les droits conférés par les clauses en question, la Cour d'appel ne pouvait confirmer la déclaration accordant aux acquéreurs de 1988 le droit de rachat, à moins de conclure également que la violation de ces clauses ne créait pas un manquement aux conditions des hypothèques, qui faisait perdre aux intimés le droit d'effectuer le remboursement anticipé de la somme due. La question de savoir si une violation de ces clauses avait cet effet dépend dans une large mesure de l'interprétation de toute clause de remboursement anticipé contenue dans l'acte d'hypothèque. Voilà un point sur lequel la Cour d'appel ne s'est pas penchée. Je compte examiner d'abord si la Cour d'appel a eu raison de conclure que les clauses attaquées créaient des droits personnels, et ensuite, si l'exercice de ces droits empêche le remboursement anticipé et l'extinction des hypothèques qui en résulterait. Je me pencherai enfin sur la question de savoir si, dans l'hypothèse où l'extinction serait exclue en raison de l'exercice des droits personnels, cette exclusion constitue une entrave à l'exercice du droit de rachat.

Dans la mesure où la politique interdisant les restrictions de l'aliénation s'applique à des dispositions contractuelles qui ne se rattachent pas au bien-fonds de manière à le grever, elle ne rend pas ces dispositions inexécutaires à quelque fin que ce

ineffective to prevent the owner of land from conveying a good title to a purchaser but other *in personam* remedies remain available. I agree with the Court of Appeal that the Crown is not immune from the rule against restraints on alienation and therefore is in the same position as other parties in this regard. Accordingly, it has been held that breach of such an agreement can constitute an event of default under a mortgage which entitles the mortgagee to accelerate payment at his option. In *Canada Permanent Trust Co. v. King's Bridge Apartments Ltd.* (1984), 8 D.L.R. (4th) 152, the Newfoundland Court of Appeal held that a covenant not to alienate could not restrict the mortgagor's right to sell or otherwise dispose of the property but "none the less a proviso permitting an acceleration of the repayment of the principal sum and other moneys payable under the indenture of mortgage is valid and is enforceable at the option of the mortgagee" (p. 155). Similarly, in *Re Valley Vu*, *supra*, a mortgagor who sold contrary to such a covenant was denied an order permitting prepayment of the mortgage and a discharge. In *Paul v. Paul* (1921), 50 O.L.R. 211, the Ontario Court of Appeal held that a provision in a conveyance of land which prohibited sale or mortgage without consent did not render a sale without consent void but that an action for damages lay for breach of the covenant. See also *Re Bahnsen and Hazelwood* (1960), 23 D.L.R. (2d) 76 (Ont. C.A.). In my opinion, the principle applied in these cases strikes the proper balance between two conflicting policies. On the one hand there is a policy against restraints on alienation which permits real property to circulate freely in commerce and preserves the right of the owner to dispose of it and on the other the law favours that bargains be kept and not breached with impunity. Accordingly, notwithstanding that the impugned provisions are not enforceable to prevent the transfer of a good title to the purchasers, non-compliance with their terms constitutes a breach of the agreement for the purpose of triggering other remedies which the mortgagee has under the mortgage. Clause 12 of the operating agreements, which is headed "Default" and which is incorporated into the mortgages, provides for the acceleration of the loan and increase of interest payments "in the event of the Borrower . . . other-

soit. Les dispositions d'un contrat n'ont tout simplement pas pour effet d'empêcher le propriétaire d'un bien-fonds de transmettre un titre de propriété valable à un acheteur, mais d'autres recours personnels demeurent possibles. Je conviens avec la Cour d'appel que la Couronne n'est pas à l'abri de la règle interdisant les restrictions de l'aliénation et que sa situation à cet égard est donc identique à celle des autres parties. C'est pourquoi il a été décidé que la violation d'un tel accord peut constituer un manquement aux conditions d'une hypothèque, qui confère au créancier hypothécaire le droit d'exiger, à son choix, le remboursement anticipé. Dans l'affaire *Canada Permanent Trust Co. c. King's Bridge Apartments Ltd.* (1984), 8 D.L.R. (4th) 152, la Cour d'appel de Terre-Neuve a statué qu'un engagement de non-aliénation ne pouvait pas restreindre le droit du débiteur hypothécaire de vendre ou d'aliéner autrement le bien en question, mais que [TRADUCTION] «néanmoins une condition autorisant le remboursement anticipé du capital et de toute autre somme payable en vertu de l'acte d'hypothèque est valide et est exécutoire au choix du créancier hypothécaire» (p. 155). De même, dans l'affaire *Re Valley Vu*, précitée, un débiteur hypothécaire qui avait vendu un bien contrairement à un tel engagement s'est vu refuser une ordonnance qui aurait permis le remboursement anticipé de l'hypothèque et l'extinction de celle-ci. Dans l'arrêt *Paul c. Paul* (1921), 50 O.L.R. 211, la Cour d'appel de l'Ontario a statué qu'une disposition contenue dans un acte de cession d'un bien-fonds, qui interdisait la vente du bien ou la constitution d'une hypothèque sans consentement, n'entraînait pas la nullité d'une vente effectuée sans consentement, mais qu'il y avait en pareil cas lieu à une action en dommages-intérêts pour violation de l'engagement en question. Voir aussi la décision *Re Bahnsen and Hazelwood* (1960), 23 D.L.R. (2d) 76 (C.A. Ont.). Selon moi, le principe appliqué dans ces affaires établit un juste équilibre entre deux politiques opposées, soit d'une part celle qui interdit les restrictions de l'aliénation et qui permet ainsi le libre échange des biens immeubles sur le marché et qui maintient le droit des propriétaires de les aliéner, et d'autre part, celle qui traduit la préférence juridique pour le respect des accords, lesquels ne doivent pas pouvoir

wise committing a breach of this agreement . . .". This is a remedy that is available to the appellant by reason of the breach occasioned by the dispositions made in 1988 and 1989. I will now consider whether this constitutes an act of default for the purpose of the prepayment provisions.

At the outset, I note that the Wellington mortgage does not provide for any right of prepayment. The mortgage by its terms can only be repaid by payments that span the loan period of 40 years. The respondents submit, however, that the court has a discretion to allow prepayment in the absence of a prepayment clause, citing *Garnet Lane Developments Ltd. v. Webster* (1986), 43 R.P.R. 138 (Ont. Div. Ct.). This case does not decide that the court has a discretion to allow prepayment absent a prepayment clause in the mortgage. In any event, if the court has such a discretion I would not exercise it in favour of this respondent in the circumstances of this case.

The Town House prepayment clause applies only when the mortgagor is not in default. In selling the properties the mortgagor has committed an act of default under clause 12 of the agreement which is also part of the mortgage. The mortgagor is, therefore, in default under the mortgage. Does that preclude the 1988 purchasers from availing themselves of the provisions of this mortgage? In order to prepay, these purchasers, while not bound by the agreements, must comply with the precondi-

être violés impunément. Par conséquent, bien que les dispositions attaquées ne puissent s'appliquer de manière à empêcher le transfert d'un titre de propriété valable aux acquéreurs, leur non-respect constitue une violation de l'accord aux fins de l'exercice d'autres recours dont dispose le créancier hypothécaire en vertu de l'hypothèque. La clause 12 des accords d'exploitation, qui porte le titre «Inexécution» et qui a été incorporée dans les actes d'hypothèque, prévoit le remboursement anticipé du capital et l'augmentation du taux d'intérêt «si l'emprunteur [. . .] commet quelque autre violation du présent accord». Il s'agit d'un recours dont peut se prévaloir l'appelante en raison de la violation que représentent les aliénations effectuées en 1988 et en 1989. Je vais donc maintenant examiner si cela constitue un manquement aux fins des dispositions relatives au remboursement anticipé.

D'entrée de jeu, je fais remarquer que l'hypothèque de Wellington ne prévoit aucun droit de remboursement anticipé. De par son texte, l'hypothèque ne peut se rembourser qu'au moyen des paiements étalés sur les 40 ans de la durée du prêt. Citant la décision *Garnet Lane Developments Ltd. c. Webster* (1986), 43 R.P.R. 138 (C. div. Ont.), les intimés font toutefois valoir que la cour avait ce pouvoir discrétionnaire de permettre le remboursement anticipé en l'absence d'une clause de remboursement anticipé. Or, cette décision n'établit pas que la cour a ce pouvoir discrétionnaire lorsque l'acte d'hypothèque ne contient pas une telle clause. Quoi qu'il en soit, si la cour avait ce pouvoir discrétionnaire, je ne l'exercerais pas en faveur de la présente intimée dans les circonstances de la présente affaire.

Dans le cas de Town House, la clause de remboursement anticipé ne s'applique que si la débitrice hypothécaire n'est pas en défaut. En vendant les propriétés en cause, la débitrice hypothécaire s'est mise en défaut de la manière prévue à la clause 12 de l'accord, qui fait également partie de l'acte d'hypothèque. Il s'ensuit donc que la débitrice hypothécaire a manqué aux conditions de l'hypothèque. Mais, cela empêche-t-il les acquéreurs de 1988 de se prévaloir des dispositions de

tions for prepayment. One of the preconditions is that the mortgage is not in default. Notwithstanding that the default is not that of the purchasers, this precondition disentitles anyone who seeks to repay the mortgage while the default continues. I would, therefore, set aside the declaration relating to prepayment unless the argument succeeds that in the circumstances the agreement constitutes a clog on the equity of redemption.

The foundation for the argument that the operation of the agreements constitutes a clog on the equity of redemption is that notwithstanding the payment of the mortgage debt the equity cannot be redeemed by reason of an impediment imposed by the terms of the mortgage instrument. The contractual postponement of the right to redeem by virtue of the fact that the mortgagor is given a long period within which to pay and the absence of a prepayment clause cannot be characterized as a clog on the equity of redemption. In *Knightsbridge Estates Trust, Ltd. v. Byrne*, [1938] 4 All E.R. 618, the English Court of Appeal held that the postponement of redemption for 40 years by reason of contractual provisions in the mortgage which provided for the principal to be repayable by instalments over that period with no right of prepayment or redemption before that time did not constitute a clog on the equity of redemption. Since I have found that there is no right of prepayment here by virtue of the terms of the mortgage, the mortgage is repayable at the end of the loan period of 40 years. This postponement of the right to redeem does not, however, create a clog on the equity of redemption.

5. Costs

While CMHC has been unsuccessful except with respect to the right of prepayment, the other

cet acte d'hypothèque? Pour pouvoir effectuer le remboursement anticipé, ces acquéreurs, bien que non liés par les accords, doivent se conformer aux conditions préalables du remboursement anticipé, dont l'une est qu'il n'y ait pas de manquement aux conditions de l'hypothèque. Quoique ce ne soit pas les acquéreurs qui ont commis un manquement, cette condition préalable vient empêcher le remboursement de l'hypothèque par qui que ce soit tant que dure ce manquement. En conséquence, je suis d'avis d'annuler la déclaration relative au remboursement anticipé, à moins que ne soit retenu l'argument voulant que, dans les circonstances, l'accord constitue une entrave à l'exercice du droit de rachat.

L'argument selon lequel l'application des accords constitue une entrave à l'exercice du droit de rachat a pour fondement que, nonobstant l'acquiescement de la dette hypothécaire, le droit de rachat ne peut être exercé en raison d'un empêchement résultant des conditions de l'acte d'hypothèque. On ne saurait qualifier d'entraves à l'exercice du droit de rachat le report, par stipulation contractuelle, de l'exercice du droit de purge du fait que le débiteur hypothécaire se voit accorder une longue échéance de paiement, et l'absence d'une clause de remboursement anticipé. Dans l'affaire *Knightsbridge Estates Trust, Ltd. v. Byrne*, [1938] 4 All E.R. 618, la Cour d'appel d'Angleterre a statué que le report de la purge de l'hypothèque pendant 40 ans en raison de dispositions contractuelles de l'hypothèque qui prévoyaient le remboursement du capital par versements échelonnés sur cette période, sans droit de remboursement anticipé ou de purge de l'hypothèque avant l'échéance fixée, ne constituait pas une entrave à l'exercice du droit de rachat. Vu ma conclusion que les conditions mêmes de l'hypothèque ne prévoient pas de droit de remboursement anticipé en l'espèce, l'hypothèque est remboursable à la fin de la durée de 40 ans du prêt. Ce report de l'exercice du droit de purger l'hypothèque ne crée toutefois pas d'entrave à l'exercice du droit de rachat.

5. Les dépens

Bien que la SCHL ait été déboutée sauf en ce qui concerne le droit de remboursement anticipé,

parties are able to defeat an operating agreement of which they had notice. In those circumstances there will be no order as to costs in this Court.

We were asked to vary the order below on costs.

The guarantors argue that, having decided against CMHC on the merits, the Court of Appeal could not interfere with the chambers judge's order because of the provisions of Rule 505(3) of the *Alberta Rules of Court*, which require leave to appeal a costs order. There are two plausible interpretations of this rule. It could be interpreted to mean that leave is required if the appellant intends to contest the order as to costs as a separate issue regardless of whether the judgment appealed from is set aside on other grounds. Or it can be interpreted to mean that leave is only required when only the order as to costs is appealed. There does not appear to be a settled practice in this regard in Alberta. See Stevenson and Côté, *Civil Procedure Guide* (1989), at pp. 986-90. Apparently, the Court of Appeal accepted the latter interpretation. In my opinion, it is the preferable interpretation and the costs were properly before the Court of Appeal when the orders as a whole were appealed.

In my opinion, the Court of Appeal made no reversible error in the disposition it made which resulted in the mortgagors bearing the brunt of the costs. The mortgagors and their purchasers seek to turn the property to commercial account freed of the restrictions of the operating agreement. The guarantors cannot be in a better position. The new owners also knew the state of the title and may properly be visited with costs subject to any contractual right over they may have against their vendors, the original mortgagors. Accordingly, I

les autres parties sont en mesure de faire échec à un accord d'exploitation dont elles ont été avisées. Dans ces circonstances, il n'y aura pas d'adjudication des dépens en notre Cour.

On nous a demandé de modifier l'ordonnance de la Cour d'appel relative aux dépens.

Les garants soutiennent qu'après avoir statué contre la SCHL sur le fond, la Cour d'appel ne pouvait modifier l'ordonnance du juge en chambre à cause du par. 505(3) des *Alberta Rules of Court*, qui exige qu'on obtienne l'autorisation d'appeler d'une ordonnance relative aux dépens. Il existe deux interprétations plausibles de cette règle. D'une part, elle pourrait s'interpréter comme signifiant que l'autorisation s'impose si l'appelant entend contester l'ordonnance relative aux dépens à titre de question distincte, peu importe que le jugement faisant l'objet de l'appel soit infirmé pour d'autres motifs. D'autre part, elle pourrait être interprétée comme signifiant que l'autorisation n'est requise que dans les cas où seule l'ordonnance relative aux dépens fait l'objet d'un appel. Il ne paraît y avoir en Alberta aucune pratique établie à cet égard. Voir Stevenson et Côté, *Civil Procedure Guide* (1989), aux pp. 986 à 990. La Cour d'appel semble avoir retenu la seconde interprétation. À mon avis, c'est l'interprétation préférable et la Cour d'appel était légitimement saisie de la question des dépens dans le cadre de l'appel portant sur l'ensemble des ordonnances.

J'estime que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur justifiant une annulation en rendant un arrêt qui a fait assumer aux débitrices hypothécaires le gros des dépens. Les débitrices hypothécaires et les personnes qui leur ont acheté les biens-fonds cherchent à tirer de ceux-ci un avantage commercial sans être assujetties aux restrictions de l'accord d'exploitation. Les garants ne sauraient se trouver en meilleure posture. Les nouvelles propriétaires savaient aussi ce qu'il en était du titre de propriété et elles peuvent en conséquence être légitimement condamnées aux dépens sous réserve de tout droit contractuel qu'elles pourraient faire valoir contre les venderesses, soit les débitrices hypothécaires initiales. Par conséquent, je suis d'avis de ne pas toucher à l'ordon-

would not disturb the Court of Appeal's order as to costs.

Disposition

The appeal is allowed in part. The orders made by Veit J. dated December 13, 1989 are varied by deleting from each para. 6 thereof. In other respects the appeal is dismissed. The constitutional question does not arise. There will be no order as to costs in this Court.

Appeal allowed in part.

Solicitors for the appellant: Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton.

Solicitors for the respondent Hongkong Bank of Canada: Parlee McLaws, Edmonton.

Solicitors for the respondents 375069 Alberta Ltd., 386360 Alberta Ltd. and 376491 Alberta Ltd.: Bryan & Company, Edmonton.

Solicitors for the respondents Town House Development Ltd., Wellington Housing Developments Ltd. and Wheeler Holdings Ltd.: Cook, Duke, Cox, Edmonton.

Solicitors for the respondents Kate Wheeler, Pamela K. Wheeler, George L. Wheeler, Lois Anderson and Patricia May Kirk: Weir Bowen, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

nance qu'a rendue la Cour d'appel relativement aux dépens.

Dispositif

Le pourvoi est accueilli en partie. Chacune des ordonnances en date du 13 décembre 1989 rendues par le juge Veit est modifiée par la suppression du par. 6. À tous autres égards, le pourvoi est rejeté. La question constitutionnelle ne se pose pas. Il n'y aura pas d'adjudication des dépens en notre Cour.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureurs de l'appelante: Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton.

Procureurs de l'intimée la Banque Hongkong du Canada: Parlee McLaws, Edmonton.

Procureurs des intimées 375069 Alberta Ltd., 386360 Alberta Ltd. et 376491 Alberta Ltd.: Bryan & Company, Edmonton.

Procureurs des intimées Town House Development Ltd., Wellington Housing Developments Ltd. et Wheeler Holdings Ltd.: Cook, Duke, Cox, Edmonton.

Procureurs des intimés Kate Wheeler, Pamela K. Wheeler, George L. Wheeler, Lois Anderson et Patricia May Kirk: Weir Bowen, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

John Alexander MacKenzie Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. MACKENZIE

File No.: 22423.

1992: April 3; 1993: January 21.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Gonthier, McLachlin and Stevenson* JJ.

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Criminal law — Evidence — Charge to jury — Accused making incriminating statement to police — Accused stating at trial that his “confession” was in fact a recounting of second-hand knowledge — Trial judge instructing jury to reject accused’s statement to police if they had any reasonable doubt about it — Whether trial judge’s charge misleading.

Criminal law — Appeals to Supreme Court of Canada — Crown appeals — Accused abandoning one of his grounds of appeal — Court refusing to hear Crown’s arguments on point since Crown had not cross-appealed — Crown precluded from cross-appealing in view of its overall success in court below — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 693(1).

Criminal law — Appeals — Appeal from acquittal — Standard of appellate review — Court of Appeal not misstating standard by requiring only that Crown show that jury’s verdict might have been different had it been properly instructed.

The accused was arrested and charged with murdering three of his neighbours, who had been killed with shots from his revolver. He volunteered an incriminating statement about the shootings and later, after he had requested legal counsel, started in on a more detailed and explicit statement. This second statement was excluded by the trial judge because it was made after the accused had exercised his right to counsel. At trial, the accused said his “confession” to the police was in fact a

* Stevenson J. took no part in the judgment.

John Alexander MacKenzie Appellant

c.

^a **Sa Majesté la Reine** Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. MACKENZIE

N^o du greffe: 22423.

^b

1992: 3 avril; 1993: 21 janvier.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier, McLachlin et Stevenson*.

^c

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, SECTION D’APPEL

Droit criminel — Preuve — Exposé au jury — Déclaration incriminante de l’accusé à la police — Affirmation de l’accusé au procès que sa «confession» était en réalité une reconstitution d’après une connaissance indirecte — Directive du juge aux membres du jury de rejeter la déclaration de l’accusé aux policiers s’ils avaient un doute raisonnable à son sujet — L’exposé a-t-il induit le jury en erreur?

Droit criminel — Appels à la Cour suprême du Canada — Appels du ministère public — Abandon d’un des moyens d’appel de l’accusé — Refus de la Cour d’entendre les arguments du ministère public sur le point puisque celui-ci n’a pas interjeté d’appel incident — Ministère public empêché d’interjeter un appel incident à cause de sa victoire globale devant la juridiction inférieure — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 693(1).

^g

Droit criminel — Appels — Appel d’un acquittement — Norme d’examen en appel — La Cour d’appel n’a pas mal formulé la norme en exigeant seulement que le ministère public établisse que le verdict du jury aurait pu être différent s’il avait reçu des directives appropriées.

^h

L’accusé a été arrêté et inculpé du meurtre de trois de ses voisins tués par balles provenant de son revolver. Il a fait volontairement une déclaration incriminante à propos des meurtres puis, après avoir demandé l’assistance d’un avocat, il s’est engagé dans une déclaration plus détaillée et explicite. Cette seconde déclaration a été exclue par le juge du procès parce qu’elle avait été faite après que l’appelant eut exercé son droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat. Lors du procès, l’accusé a

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

recounting of his second-hand knowledge of the shootings gained from other neighbours during the day of drinking following the shootings. The trial judge instructed the jury on how to evaluate the contradiction between the accused's statement to the police and his testimony at trial. As part of this instruction he told them to "reject entirely" the accused's statement to the police if they had any reasonable doubt about it. He also said that if the jury accepted the accused's statement, then "it will be considered by you with the other evidence that you decide to accept". The jury found the accused not guilty on all counts. The Court of Appeal, in a majority decision, overturned the acquittal and ordered a new trial. The majority found that there had been a significant misdirection by the trial judge, in that part of the charge may have suggested to the jury that they should consider the accused's confession separate and apart from the other evidence.

The accused's appeal to this Court raised the issues of (1) whether the trial judge erred in instructing the jury that the accused's out-of-court inculpatory statement must be rejected entirely if his testimony at trial raised any reasonable doubt about it; (2) whether the trial judge erred in excluding from evidence the accused's second statement to the police; and (3) whether the majority of the Court of Appeal erred in holding that the verdict might have been different, thereby usurping the jury's function. At the hearing the accused abandoned the second issue concerning the exclusion of his second statement to the police, and the Crown then urged the Court to adopt a position in favour of a new trial because of the excluded statement, but the Court refused to hear its argument on this point.

Held: The appeal should be allowed and the acquittal restored.

Per La Forest, Gonthier and McLachlin JJ.: On the first issue of the jury instruction, the trial judge's charge, when viewed as a whole, was not misleading to the jury. In *R. v. Morin*, this Court determined that a jury charge is in error if it leaves the jury with the impression that each item of evidence is to be considered piecemeal against the criminal standard of proof or if the jury is instructed to take a two-stage approach to their deliberations, whereby an initial fact-finding stage would weed out certain items of evidence, leaving the

déclaré que, dans sa «confession» aux policiers, il n'avait fait en réalité que reconstituer les meurtres d'après la connaissance indirecte qu'il en avait acquise d'autres voisins au cours de la journée qu'il avait passée à boire après la fusillade. Le juge du procès a donné au jury une directive sur la manière d'évaluer la contradiction entre les déclarations de l'appelant aux policiers et son témoignage au procès. Il lui a notamment dit de «rejeter entièrement» la déclaration de l'accusé à la police s'il avait un doute raisonnable à son sujet. Il a également dit aux membres du jury que s'ils acceptaient la déclaration de l'accusé, «vous devrez l'examiner à la lumière des autres éléments de preuve que vous déciderez d'accepter». Le jury a rendu un verdict de non-culpabilité quant à tous les chefs d'accusation. La Cour d'appel, à la majorité, a infirmé l'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La majorité a conclu à l'existence d'une directive erronée déterminante du juge du procès en ce qu'une partie de l'exposé a pu amener les jurés à croire qu'ils devaient examiner la confession de l'accusé séparément des autres éléments de preuve.

L'appel de l'accusé en notre Cour soulève les questions de savoir (1) si le juge du procès a commis une erreur en donnant comme directive au jury de rejeter entièrement la déclaration extrajudiciaire inculpatrice de l'accusé si son témoignage au procès soulevait un doute raisonnable à son sujet; (2) si le juge du procès a commis une erreur en excluant de la preuve la seconde déclaration de l'accusé aux policiers, et (3) si la Cour d'appel, à la majorité, a commis une erreur en concluant que le verdict aurait pu être différent, usurpant ainsi la fonction du jury? À l'audience, l'accusé a renoncé à la deuxième question concernant l'exclusion de sa seconde déclaration aux policiers, et le ministère public a alors demandé à la Cour d'adopter une position en faveur de la tenue d'un nouveau procès à cause de l'exclusion de la déclaration, mais la Cour a refusé d'entendre ses prétentions sur ce point.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et l'acquiescement rétabli.

Les juges La Forest, Gonthier et McLachlin: Quant à la première question des directives au jury, l'exposé du juge du procès, considéré dans son ensemble, n'a pas induit le jury en erreur. Dans *R. c. Morin*, notre Cour a conclu qu'un exposé sera erroné s'il laisse croire aux jurés qu'ils doivent examiner la preuve élément par élément en regard de la norme de preuve en matière criminelle ou s'il leur dit de procéder à leurs délibérations en deux étapes, de sorte que certains éléments étant écartés dès l'étape initiale de recherche des faits, la détermina-

determination of guilt or innocence to be based only on the surviving evidence. In the case at bar, there was no general instruction to apply the criminal standard of proof to items of evidence in isolation. While the charge does focus on one item of evidence, namely the accused's statement to the police, the direction on this evidence is carefully couched in terms of all the other evidence in the case. The charge does not instruct the jury to divide its deliberations into two phases, and there was almost no chance for the jury to form the impression that "the whole of the evidence" was intended to mean only the whole of the piecemeal bits of evidence already proven beyond a reasonable doubt.

The contradiction between the accused's out-of-court statement and his testimony at trial was a key issue in the case, and the trial judge was entitled to give the jury some guidance on how to handle this discrepancy in the evidence. As a matter of logic, the two stories could not be reconciled, and the judge's suggestion that one of the statements must be "rejected", couched as it was with the proviso that all of the other evidence must be taken into account, in no way prejudiced the Crown. The jury instruction was an accurate reflection of the principle enunciated by this Court in *Nadeau* that an accused's version of events is entitled to the benefit of the doubt as against a competing version, providing the comparison is made having due regard to all the evidence. It is both acceptable and desirable for a trial judge to focus the jury's attention on vital issues, and to direct their minds to the proper burden of proof on those discrete questions.

While the statement "it will be considered by you with the other evidence that you decide to accept", read in isolation, may be viewed as an erroneous statement of the law, since it suggests that a determination of guilt should be based solely on certain pre-selected items of evidence, read in context it would not have misdirected the jury. This statement follows the trial judge's direction to consider all the evidence in making a determination, and therefore could not be interpreted as invoking a two-stage process. Consequently, the instruction to the jury is in keeping with the rule in *Morin* and was not in error.

On the second issue, which was abandoned by the accused, the Crown had not cross-appealed nor was it entitled to do so in view of its overall success in the

tion de la culpabilité ou de l'innocence ne soit fondée que sur les éléments de preuve restants. En l'espèce, aucune directive générale n'invite à appliquer la norme de preuve en matière criminelle à des éléments de preuve pris isolément. L'accent est certes mis sur un élément de la preuve, savoir la déclaration de l'appelant à la police, mais la directive pertinente est prudemment formulée pour tenir compte de tous les autres éléments en preuve en l'occurrence. L'exposé n'invite pas le jury à diviser ses délibérations en deux étapes, et il n'y avait pratiquement aucune chance pour que le jury ait l'impression que l'expression «l'ensemble de la preuve» ne désignait que l'ensemble des éléments fragmentés dont la preuve avait déjà été établie hors de tout doute raisonnable.

Une des questions clés de l'affaire était la contradiction entre la déclaration extrajudiciaire de l'accusé et son témoignage au procès, et le juge était autorisé à donner au jury certains conseils sur la façon d'aborder ces contradictions dans la preuve. Logiquement, les deux versions étaient inconciliables et le fait que le juge ait dit que l'une d'elles devait être «rejetée», tout en soulignant la nécessité de tenir compte de tous les autres éléments de preuve, n'a d'aucune façon porté préjudice au ministère public. La directive donnée au jury est un reflet exact du principe que notre Cour a énoncé dans l'arrêt *Nadeau*, savoir que la version des événements de l'accusé a droit au bénéfice du doute à l'encontre d'une version contradictoire, à la condition que la comparaison soit dûment faite en regard de l'ensemble de la preuve. Il est acceptable, voire souhaitable que le juge du procès attire l'attention du jury sur des questions fondamentales, ainsi que sur le fardeau de la preuve s'appliquant dans chaque cas.

Bien que la déclaration «vous devrez l'examiner à la lumière des autres éléments de preuve que vous déciderez d'accepter», prise isolément, puisse être considérée comme un énoncé erroné du droit, vu qu'elle donne à penser que la détermination de la culpabilité devrait être fondée uniquement sur certains éléments de preuve pré-sélectionnés, dans son contexte, elle n'aurait pas pu induire le jury en erreur. Cette déclaration suit la directive du juge du procès d'examiner l'ensemble de la preuve pour prendre une décision et ne pouvait donc pas être interprétée comme une invitation à s'engager dans un processus en deux étapes. Par conséquent, la directive au jury est conforme à la règle énoncée dans l'arrêt *Morin* et n'était pas erronée.

Quant à la deuxième question, à laquelle a renoncé l'accusé, le ministère public n'a pas interjeté de pourvoi incident, ce qu'il n'était d'ailleurs pas habilité à faire vu

court below. Under s. 693(1) of the *Criminal Code*, the Crown may appeal to this Court only where the Court of Appeal has set aside a conviction or dismissed a Crown appeal. In this case the Court of Appeal allowed the Crown's appeal, albeit on a different issue.

On the third issue, the Court of Appeal did not misstate the standard of appellate review by requiring only that the Crown show that the jury's verdict might have been different had it been properly instructed. A test of "might have been different" is simply the converse of "would not necessarily have been the same", and is thus consistent with the test established by the majority of this Court in *Vézeau*, which is the governing law today.

Per Lamer C.J.: La Forest J.'s reasons were substantially agreed with. While it is a misdirection to instruct juries to "reject" evidence, to tell juries to reject factual propositions which the Crown's evidence does not establish beyond a reasonable doubt is to state the law correctly. The jury never rejects evidence, but it can and must decide whether to accept or reject the factual assertions made by that evidence before it uses them to support or infer other factual assertions in reaching its verdict. Such factual assertions can only be accepted and used by the jury to convict the accused if they are established by the evidence beyond a reasonable doubt. Facts which are not so established cannot corroborate or be allowed to "bootstrap" other doubtful facts. In the circumstances of this case, the trial judge was not in error in inviting the jury to "reject" the factual proposition in one of the two statements, depending on which they believed, because both statements emanated from the accused and could not logically co-exist. There was only a single determination of credibility to be made. If the jury believed the accused's exculpatory evidence at trial, they must of necessity have disbelieved his inculpatory statements to the police. The accused need never establish his version of events beyond a reasonable doubt, but must only raise a reasonable doubt with his evidence, even where he bears an evidentiary burden.

Cases Cited

By La Forest J.

Considered: *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Minhas* (1986), 29 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), leave to

sa victoire globale devant la juridiction inférieure. En vertu du par. 693(1) du *Code criminel*, le ministère public peut interjeter appel devant notre Cour seulement lorsque la Cour d'appel a annulé une déclaration de culpabilité ou rejeté un appel du ministère public. En l'espèce, la Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, bien que sur une question différente.

Quant à la troisième question, la Cour d'appel n'a pas mal formulé la norme d'examen en appel en exigeant seulement que la poursuite établisse que le verdict aurait pu être différent si le jury avait reçu des directives appropriées. Dire que le verdict «aurait pu être différent» est simplement l'inverse de dire qu'il «n'aurait pas nécessairement été le même», et ce critère est donc compatible avec le critère établi par notre Cour, à la majorité, dans l'arrêt *Vézeau*, qui représente le droit en vigueur aujourd'hui.

Le juge en chef Lamer: Les motifs du juge La Forest sont acceptés pour l'essentiel. Bien qu'il soit erroné de dire aux jurés de «rejeter» un élément de preuve, c'est exposer le droit correctement de leur dire de rejeter des affirmations de fait que la preuve du ministère public n'a pas établies hors de tout doute raisonnable. Le jury ne rejette jamais un élément de preuve, mais il peut et doit décider d'accepter ou de rejeter les affirmations de fait émanant de cet élément de preuve avant de les utiliser pour appuyer ou pour déduire d'autres affirmations de fait en vue de rendre son verdict. Le jury ne peut s'appuyer sur de telles affirmations pour déclarer l'accusé coupable que si elles sont établies hors de tout doute raisonnable par la preuve. Les faits qui ne sont pas ainsi établis ne peuvent servir à corroborer ou à étayer d'autres faits incertains. En l'espèce, le juge du procès n'a commis aucune erreur en invitant les membres du jury à «rejeter» l'affirmation de fait dans l'une des deux déclarations, dépendant de celle à laquelle ils ajoutaient foi, parce que les deux émanaient de l'accusé et qu'elles ne pouvaient pas logiquement coexister. Les jurés n'avaient qu'une seule décision à prendre concernant la crédibilité. S'ils croyaient le témoignage disculpatoire de l'accusé au procès, ils ne pouvaient avoir ajouté foi à sa déclaration inculpatoire faite à la police. L'accusé n'a jamais l'obligation d'établir sa version des événements hors de tout doute raisonnable; il n'a qu'à soulever un doute raisonnable à l'aide de sa preuve, même lorsque le fardeau de présentation lui incombe.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts examinés: *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Minhas* (1986), 29 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.),

appeal refused, [1987] 2 S.C.R. viii; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; referred to: *Nadeau v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 570; *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449; *Guillemette v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 356; *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546; *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. Gauthier*, [1977] 1 S.C.R. 441; *R. v. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417.

By Lamer C.J.

Referred to: *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *Nadeau v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 570; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 686(4), 693 [am. c. 27 (1st Suppl.), s. 146; am. c. 34 (3rd Suppl.), s. 12].

Authors Cited

Eggleston, Sir Richard. *Evidence, Proof and Probability*, 2nd ed. London: Weidenfeld and Nicolson, 1983.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1991), 103 N.S.R. (2d) 91, 282 A.P.R. 91, 64 C.C.C. (3d) 336, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on charges of first degree murder. Appeal allowed.

Joel E. Pink, Q.C., and *Donald C. Murray*, for the appellant.

Robert C. Hagell and *Denise Smith*, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J.—I have had the benefit of reading the reasons of Justice La Forest in this appeal, and I agree substantially with his analysis of the issues before the Court and his disposition of the appeal. However, I feel compelled to add a few comments which follow from my concurrence in Wilson J.'s reasons in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345. In retrospect, it appears to me that confusion exists in two aspects of this area of the law: (i) the essential

autorisation de pourvoi refusée, [1987] 2 R.C.S. viii; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; arrêts mentionnés: *Nadeau c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 570; *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449; *Guillemette c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 356; *R. c. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546; *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652; *R. c. Gauthier*, [1977] 1 R.C.S. 441; *R. c. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *Nadeau c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 570; *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(4), 693 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 146; mod. ch. 34 (3^e suppl.), art. 12].

Doctrine citée

Eggleston, Sir Richard. *Evidence, Proof and Probability*, 2nd ed. London: Weidenfeld and Nicolson, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section d'appel (1991), 103 N.S.R. (2d) 91, 282 A.P.R. 91, 64 C.C.C. (3d) 336, qui a accueilli un appel du ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement à des accusations de meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli.

Joel E. Pink, c.r., et *Donald C. Murray*, pour l'appelant.

Robert C. Hagell et *Denise Smith*, pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge La Forest dans le présent pourvoi et je souscris, pour l'essentiel, à son analyse des questions soumises à la Cour et à la conclusion à laquelle il arrive. Je dois toutefois ajouter quelques commentaires qui découlent de mon adhésion aux motifs du juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345. Avec le recul, il m'apparaît qu'il existe une certaine confusion à

distinction between facts and evidence of facts in the process of the jury's deliberations, and (ii) the relationship between credibility and the standard of proof in a criminal trial.

The Distinction Between Facts and Evidence

In my view, it is crucial to recognize the difference between the roles of "facts" and "evidence of facts" in a criminal trial; the failure to apply this basic distinction has confused the debate on this issue. As an example of this tendency, see R. Eggleston, *Evidence, Proof and Probability* (2nd ed. 1983), who at p. 122 begins talking of "facts that are not certainly established" but concludes with comments directed to the effect of "evidence" not being taken into account, and stating that a requirement to prove evidence beyond a reasonable doubt obviates the entire field of corroboration. As I state below, doubtful evidence may be corroborated by other evidence, even other doubtful evidence; doubtful facts, however, cannot be corroborated by, or inferred from, other doubtful facts. Throughout many discussions of this point, the terms "fact" and "evidence" are used interchangeably, and thereby improperly. It is beyond question that the jury must always consider the whole of the evidence in reaching their verdict, and that individual items of evidence are not to be examined in isolation. Evidence which may be doubtful standing alone may nevertheless be corroborated or otherwise supported by other evidence, and the jury is always to evaluate the evidence as a whole with a view to such corroboration or support. Therefore, it is an error to refer to the jury "rejecting" evidence at any stage of their deliberations. All of the evidence must always be considered.

However, the jury can and must decide whether the whole of evidence establishes, beyond a reasonable doubt, the individual facts necessary to support a conviction. This must, of necessity, be done in a sequential manner, and I agree with La Forest J. that it is unrealistic to expect the jury to have an "epiphanic" experience in reaching its verdict. In *Morin*, Wilson J. stated (at p. 378) that the process of the jury's deliberations with respect

l'égard de deux aspects de ce domaine du droit: (i) la distinction essentielle, au cours des délibérations du jury, entre les faits et la preuve des faits et (ii) le rapport entre la crédibilité et la norme de preuve en matière criminelle.

La distinction entre les faits et la preuve

À mon avis, il est essentiel de distinguer le rôle des «faits» de celui de la «preuve des faits» dans un procès criminel; la non-application de cette distinction fondamentale a perturbé le débat sur cette question. Voir, par exemple, les propos de R. Eggleston, *Evidence, Proof and Probability* (2^e éd. 1983), qui, à la p. 122, introduit la notion de [TRADUCTION] «faits qui ne sont pas établis avec certitude» pour ensuite conclure avec celle de la [TRADUCTION] «preuve» qui n'est pas prise en considération, et affirmer que la nécessité d'établir un élément de preuve hors de tout doute raisonnable rend inutile toute l'étape de la corroboration. Comme je le dis plus loin, un élément de preuve incertain peut être corroboré par un autre élément, même incertain; par contre, un fait incertain ne peut être corroboré par un autre fait incertain ou en être déduit. De nombreuses analyses à ce sujet utilisent les termes «fait» et «élément de preuve» sans distinction, et donc erronément. Il est incontestable que le jury doit toujours tenir compte de l'ensemble de la preuve avant de rendre un verdict et qu'il ne peut en examiner les divers éléments de façon isolée. En effet, un élément de preuve incertain en lui-même peut néanmoins être corroboré ou autrement étayé par un autre élément, et le jury doit toujours apprécier l'ensemble de la preuve dans cette optique. Par conséquent, il est erroné de dire que le jury «rejette» un élément de preuve au cours de ses délibérations. Tous les éléments de preuve doivent être pris en considération.

Toutefois, le jury peut et doit décider si l'ensemble de la preuve établit, hors de tout doute raisonnable, tous les faits essentiels à une déclaration de culpabilité. Cette démarche doit nécessairement se faire par étape, et, comme le juge La Forest, je crois qu'il est irréaliste de penser que le jury rendra son verdict sous l'effet d'une «révélation soudaine». Dans l'arrêt *Morin*, le juge Wilson dit (à la p. 378) qu'au cours des délibérations du jury rela-

to the Crown evidence “requires a fact elicited through the mouth of a witness to be assessed by the jury in the context of all the evidence and to be rejected if it has not been proved beyond a reasonable doubt.” Therefore, while the jury never rejects evidence, it can and must decide whether to accept or reject the factual assertions made by that evidence before it uses those factual assertions to support or infer other factual assertions towards reaching its verdict. Such factual assertions can only be accepted and used by the jury to convict the accused if they are established by the evidence beyond a reasonable doubt. Facts which are not so established cannot corroborate or be allowed to “bootstrap” other doubtful facts. Any lower standard would present the possibility that an accused could be convicted on the basis of facts which are established as matters of conjecture only.

An analogy I often used in charging juries, especially in cases where the Crown’s case was circumstantial, was that of a fisherman’s net. The evidence presented at trial by the Crown seeks to establish factual propositions. Once established, facts may be used to infer other facts. In this way, established factual propositions intertwine to construct a net of such propositions. If a factual proposition is established as a mere probability or likelihood, and not beyond a reasonable doubt, it cannot be used to infer any further facts. The interweaving of facts breaks down and there is a hole in the net. A net with a hole, however small, is no useful net at all, since there remains a critical factual proposition which is not consistent only with the accused’s guilt. Thus, a fact which is not established beyond a reasonable doubt can play no part in the jury’s decision to convict, either as a fact on which they rely to find an essential element of the offence, or as a fact used to infer such facts.

Therefore, while it is a misdirection to instruct juries to “reject” evidence, to tell juries to reject factual propositions which the Crown’s evidence

tives à la preuve de la poursuite, «un fait exposé oralement par un témoin [doit être] évalué par le jury dans le contexte de toute la preuve et rejeté s’il n’a pas été prouvé hors de tout doute raisonnable». Par conséquent, bien que le jury ne rejette jamais un élément de preuve, il peut et doit décider d’accepter ou de rejeter les affirmations de fait émanant de cet élément de preuve avant de les utiliser pour appuyer ou pour déduire d’autres affirmations de fait en vue de rendre son verdict. Le jury ne peut s’appuyer sur de telles affirmations pour déclarer l’accusé coupable que si elles sont établies hors de tout doute raisonnable par la preuve. Les faits qui n’ont pas été ainsi établis ne peuvent servir à corroborer ou à étayer d’autres faits incertains. Une norme inférieure ferait en sorte qu’une déclaration de culpabilité puisse être fondée sur des faits qui ne sont que pures conjectures.

Dans mes directives au jury, particulièrement dans les cas où la preuve du ministère public était circonstancielle, j’ai souvent eu recours à l’analogie avec le filet du pêcheur. La preuve produite au cours du procès par le ministère public vise à établir des affirmations de fait. Une fois établis, ces faits peuvent permettre d’en déduire d’autres. De cette manière, les affirmations de fait établies s’entrelacent et forment un filet d’affirmations. Si, non établie hors de tout doute raisonnable, une affirmation de fait n’est que probable ou vraisemblable, elle ne peut être utilisée pour déduire d’autres faits. L’entrelacement des affirmations de fait est ainsi rompu, ce qui crée un trou dans le filet. Un filet troué, si petit que soit le trou, n’est d’aucune utilité puisqu’il subsiste une affirmation de fait déterminante qui n’est pas conciliable seulement avec la culpabilité de l’accusé. Ainsi, un fait qui n’a pas été établi hors de tout doute raisonnable ne peut entrer en jeu dans la décision du jury de déclarer l’accusé coupable, que ce fait soit utilisé pour conclure à l’existence d’un élément essentiel de l’infraction ou pour déduire d’autres faits.

Par conséquent, bien qu’il soit erroné de dire aux jurés de «rejeter» un élément de preuve, c’est exposer le droit correctement de leur dire de rejeter

does not establish beyond a reasonable doubt is to state the law correctly.

The Relationship Between Credibility and the Standard of Proof

It is also important to understand the relationship between the jury's assessment of credibility and the criminal standard of proof when the jury is faced with conflicting accounts from Crown and defence witnesses. It is a clear error for a trial judge to instruct the jury to choose the more believable, persuasive or credible of the two accounts in such circumstances. As with all facts on which a conviction is to be supported, the factual propositions in the Crown witnesses' evidence must be established by that and other evidence beyond a reasonable doubt. If the jury does not believe the Crown witnesses' version, or any part of it, beyond a reasonable doubt, it cannot be used to convict the accused, even if they do not believe the contrary version of the defence. It may very well be that both versions are wrong, and the accused is entitled to the benefit of this doubt with respect to the credibility of any witness. This was my holding in *Nadeau v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 570, in the passage cited by La Forest J. at p. 241 of his reasons.

In the circumstances of this case, however, the trial judge was not in error in inviting the jury to "reject" the factual proposition in one of the two statements, depending on which they believed, because both statements emanated from the accused, and, as La Forest J. states, could not logically co-exist. There was only a single determination of credibility to be made. If they believed the accused's exculpatory evidence at trial, they must of necessity have disbelieved his inculpatory statements to the police. It must be remembered, though, that the accused need never establish his or her version of events beyond a reasonable doubt; that standard only and always applies to the Crown. The accused must only raise a reasonable

des affirmations de fait que la preuve du ministère public n'a pas établies hors de tout doute raisonnable.

Le rapport entre la crédibilité et la norme de preuve

Il est également important de comprendre le rapport entre l'appréciation de la crédibilité par le jury et la norme de preuve en matière criminelle lorsque les versions des témoins de la poursuite et de ceux de la défense sont contradictoires. Le juge du procès est nettement dans l'erreur s'il invite dans de telles circonstances les membres du jury à accepter la version la plus vraisemblable, la plus persuasive ou la plus crédible. À l'instar de tous les faits sur lesquels une déclaration de culpabilité doit être fondée, les affirmations de fait émanant des témoins de la poursuite doivent être établies hors de tout doute raisonnable par ces témoignages ainsi que par les autres éléments de preuve. Si le jury ne croit pas, hors de tout doute raisonnable, la version des témoins de la poursuite, ou une partie de celle-ci, cette version ne peut justifier une déclaration de culpabilité de l'accusé, même si les jurés ne croient pas la version contradictoire de la défense. Il est fort possible que les deux versions soient fausses, et l'accusé a droit au bénéfice du doute à l'égard de la crédibilité de tout témoin. C'est la conclusion que j'ai tirée dans l'arrêt *Nadeau c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 570, dans l'extrait cité par le juge La Forest à la p. 241 de ses motifs.

En l'espèce, toutefois, le juge du procès n'a commis aucune erreur en invitant les membres du jury à «rejeter» l'affirmation de fait dans l'une des deux déclarations, dépendant de celle à laquelle ils ajoutaient foi, parce que les deux émanaient de l'accusé et que, comme le dit le juge La Forest, elles ne pouvaient pas logiquement coexister. Les jurés n'avaient qu'une seule décision à prendre concernant la crédibilité. S'ils croyaient le témoignage disculpatoire de l'accusé au procès, ils ne pouvaient avoir ajouté foi à sa déclaration inculpatoire faite à la police. Il y a toutefois lieu de rappeler que l'accusé n'a jamais l'obligation d'établir sa version des événements hors de tout doute raisonnable; cette norme ne s'applique qu'au ministère

doubt with his or her evidence, even where he or she bears an evidentiary burden; see *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525.

With these observations, I would dispose of the appeal in the manner proposed by La Forest J.

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

LA FOREST J.—The appellant, John Alexander MacKenzie, was accused of murdering three of his neighbours in the early hours of June 24, 1989. At trial, a jury found him not guilty. The acquittal was overturned on appeal, and a new trial was ordered. The appellant appealed to this Court as of right, seeking the restoration of his acquittal.

At the time of his trial, the appellant was 47 years old. He was an alcoholic. In 1985, after living for 25 years in Toronto, he moved back to his home community in rural Antigonish County, Nova Scotia. He purchased a plot of land in Beech Hill, and in 1988 moved a mobile home onto the lot and made it his home. The three victims of the shooting, John Boucher, Joseph Deon and Edmund Deon, were neighbours of the appellant. Each owned a home on the Beech Hill Road within a kilometre of the appellant's property. The Deons were brothers, and were good friends of Boucher.

For some reason, the Deons and Boucher apparently engaged in a concerted campaign of harassment against the appellant that lasted from the time he moved to Beech Hill until their deaths. This harassment verged on terrorism, consisting of repeated property damage, the killing of the appellant's pets, shooting bullet holes through his mailbox, and a series of threats to shoot him or dynamite his trailer.

In the early morning of Saturday, June 24, 1989 the Deons and Boucher were shot to death. Boucher was shot three times in his yard, Edmund

public. Pour sa part, l'accusé n'a qu'à soulever un doute raisonnable à l'aide de sa preuve, même lorsque le fardeau de présentation lui incombe; voir *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525.

Ces commentaires formulés, je suis d'avis de résoudre le pourvoi dans le même sens que le juge La Forest.

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

LE JUGE LA FOREST—L'appelant, John Alexander MacKenzie, a été accusé d'avoir assassiné trois de ses voisins à l'aube du 24 juin 1989. À son procès, le jury a conclu à la non-culpabilité. L'acquittement a été infirmé en appel et on a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Dans le pourvoi qu'il a formé de plein droit devant notre Cour, l'appelant demande le rétablissement du verdict d'acquittal.

Au moment du procès, l'appelant était âgé de 47 ans. C'était un alcoolique. En 1985, après avoir vécu 25 ans à Toronto, il est retourné dans son village natal dans le comté rural d'Antigonish, en Nouvelle-Écosse. Il a acheté un terrain à Beech Hill et, en 1988, y a installé une maison mobile dont il a fait sa résidence. Les trois victimes, John Boucher, Joseph Deon et Edmund Deon, étaient les voisins de l'appelant. Chacun d'eux possédait une maison sur la route de Beech Hill, à moins d'un kilomètre de la propriété de l'appelant. Les Deon étaient deux frères, bons amis de Boucher.

Pour une raison quelconque, les Deon et Boucher s'étaient apparemment engagés contre l'appelant dans une campagne concertée de harcèlement, qui a débuté dès l'installation de ce dernier à Beech Hill et a duré jusqu'à leur mort. Ce harcèlement confinait au terrorisme: ses auteurs avaient causé des dommages répétés aux biens de l'appelant, tué ses animaux, criblé de balles sa boîte aux lettres, et menacé à maintes reprises de lui tirer une balle ou de faire sauter sa remorque.

Les Deon et Boucher ont été tués par balle à l'aube du samedi 24 juin 1989. Boucher a été abattu de trois balles dans sa cour, Edmund Deon a

Deon was shot seven times in his bedroom, and Joseph Deon was shot twice while sitting at the wheel of his pick-up truck, which was parked in his driveway. All the shots came from the appellant's .22 calibre revolver. The revolver was retrieved by police the next day from the appellant's well, along with a pair of his shoes.

During the six weeks before the shootings the appellant was drinking heavily. On June 12, two weeks before the shootings, he discovered that a calf of his was missing. Suspecting his neighbours, he took his revolver and confronted Boucher and his wife Lorraine at their home. They were able to calm the appellant down, and she drove him home. At trial, the appellant testified that Lorraine Boucher took his revolver from him at that time, and that this was the last he saw it. Mrs. Boucher did not testify on this point. Later that evening, the appellant decided to confront Edmund Deon about the calf. He could not find his revolver, so he took a .303 rifle with him. During the confrontation that ensued the appellant discharged the rifle into the floor of Deon's house. The next day the RCMP arrested the appellant, detained him overnight, and confiscated his rifle.

On June 23 the appellant spent most of the day drinking at his mobile home with his brother-in-law, William Cogger. The appellant consumed about 21 beers during the day. Boucher visited them for about an hour in the evening, drank at least one beer, and left without any dispute or incident. At around 11:00 p.m. the appellant and Cogger went to sleep. Sometime during the night, they were awakened by a knock at the door. Cogger testified that he heard the appellant say "who's there?", that a voice responded, and that the appellant said "I'm sleeping. Go home. I'm going back to sleep". Cogger heard nothing more, and fell back asleep. The appellant testified that the visitor was Joseph Deon.

At 4:17 a.m. Daniel Girrior, another neighbour on the Beech Hill Road, was awakened by three gunshots. It was not unusual to hear gunshots at night in that area, so Girrior went back to sleep. William Cogger awoke at 4:45 a.m. to find the

été atteint de sept projectiles dans sa chambre à coucher, tandis que Joseph Deon a reçu deux décharges au volant de sa camionnette stationnée dans son entrée. Toutes les balles provenaient du revolver calibre .22 de l'appelant. Le lendemain, la police a retrouvé le revolver dans le puits de l'appelant, ainsi qu'une de ses paires de chaussures.

Au cours des six semaines qui ont précédé les meurtres, l'appelant a beaucoup bu. Le 12 juin, deux semaines avant la fusillade, il avait remarqué la disparition d'un de ses veaux. Soupçonnant ses voisins, il a pris son revolver et s'en est allé trouver Boucher et sa femme Lorraine chez eux. Ceux-ci ont réussi à le calmer et M^{me} Boucher l'a reconduit chez lui. Au procès, l'appelant a déclaré que Lorraine Boucher lui a alors pris son revolver, qu'il n'avait plus revu depuis. M^{me} Boucher n'a pas témoigné sur ce point. Plus tard au cours de la soirée, l'appelant a décidé d'aller voir Edmund Deon à propos du veau. Ne trouvant pas son revolver, il a pris avec lui une carabine .303. Au cours de la discussion qui a suivi, l'appelant a déchargé la carabine dans le plancher de la maison de Deon. Le lendemain, arrêté par la GRC, l'appelant a été détenu pour la nuit et sa carabine a été confisquée.

Le 23 juin, l'appelant a passé la plus grande partie de la journée à boire dans sa maison mobile en compagnie de son beau-frère, William Cogger, consommant environ 21 bières. Boucher leur a rendu visite pendant environ une heure au cours de la soirée, il a bu au moins une bière et est parti sans qu'il y ait eu de dispute ou d'incident. Vers 23 h, l'appelant et Cogger sont allés se coucher. À un certain moment au cours de la nuit, ils ont été réveillés par un bruit à la porte. Cogger a témoigné qu'il a entendu l'appelant demander [TRADUCTION] «Qui est là?», qu'une voix a répondu et que l'appelant a dit: [TRADUCTION] «Je dors. Allez-vous en. Je retourne me coucher». Cogger n'a plus rien entendu et s'est rendormi. L'appelant a témoigné que le visiteur était Joseph Deon.

À 4 h 17, Daniel Girrior, un autre voisin sur la route de Beech Hill, a été réveillé par trois coups de feu. Comme la chose n'était pas rare dans cette région la nuit, Girrior s'est rendormi. William Cogger s'est réveillé à 4 h 45 et a trouvé l'appelant

appellant sitting fully dressed at a table. Cogger testified that the appellant said he got the “three sons-of-whores last night.” Cogger said “tell me this is not the truth”, to which the appellant replied “no brother it’s not true.” The appellant then said he was going to put his gun down the well, and left the house. On returning, he spoke about getting rid of his shoes. At 4:58 a.m. Daniel Girrior heard three shots. Two minutes later he heard three more shots.

At trial, the appellant testified that he fell back to sleep after Boucher’s early morning visit. The next thing he remembered was waking up on the floor, with the idea that he had seen the bodies of the Deons and Boucher on the Beech Hill Road. He felt he must have been dreaming, and told Cogger about the dream. He was surprised to see his revolver on the table, as he had not seen the gun since Lorraine Boucher took it from him two weeks earlier. The appellant had no recollection of shooting the Deons and Boucher, or of throwing the revolver and the shoes down the well.

The appellant and Cogger spent the rest of June 24 drinking. At about 9:00 p.m. the appellant was arrested by the RCMP. Realizing that he was drunk, the police did not attempt to question him. He was given food and at 11:30 p.m. was put in jail for the night.

The next morning the appellant was given breakfast, and then brought before two officers for questioning. He was advised of his right to silence and to counsel, and the officers then told him they had reason to believe he had put his gun and shoes down his well, and that he had previously been seen at the Boucher house. They asked the appellant for his side of the story, and he volunteered an incriminating statement about the shootings. One of the officers took notes for about ten minutes, and then suggested that the statement should be in a formal written form. At this point the appellant requested legal counsel, and the officers told the appellant that there would be no more questions. The officers left the appellant alone to call his sister so she could retain a lawyer. When they

assis tout habillé à une table. D’après son témoignage, l’appelant a alors dit qu’il avait eu les [TRADUCTION] «trois fils de putes la nuit dernière». Cogger lui a dit: [TRADUCTION] «Dis-moi que ce n’est pas la vérité», ce à quoi l’appelant a répondu: [TRADUCTION] «Non, mon frère, ce n’est pas vrai». L’appelant a poursuivi en disant qu’il allait mettre son arme dans le puits et il est sorti de la maison. À son retour, il a parlé de se débarrasser de ses souliers. À 4 h 58, Daniel Girrior a entendu trois coups de feu, puis, deux minutes après, trois autres coups de feu.

Au procès, l’appelant a déclaré s’être rendormi après la visite matinale de Boucher. Tout ce qu’il se rappelle ensuite, c’est de s’être réveillé sur le plancher avec l’idée qu’il avait vu les corps des Deon et de Boucher sur la route de Beech Hill. Il avait l’impression d’avoir rêvé et il a raconté son rêve à Cogger. Il a été étonné d’apercevoir son revolver sur la table puisqu’il ne l’avait pas vu depuis que Lorraine Boucher le lui avait enlevé deux semaines auparavant. L’appelant ne se rappelait pas avoir tué les Deon et Boucher ni avoir jeté le revolver et ses souliers dans le puits.

L’appelant et Cogger ont passé le reste de la journée du 24 juin à boire. Vers les 21 h, l’appelant a été arrêté par la GRC. S’étant aperçus de son état d’ébriété, les policiers n’ont pas tenté de l’interroger. On lui a donné à manger et à 23 h 30 on l’a écroué pour la nuit.

Le lendemain matin, après le petit déjeuner, l’appelant a été amené pour interrogatoire devant deux policiers. L’ayant informé de son droit de garder le silence et d’avoir recours à l’assistance d’un avocat, les policiers lui ont dit qu’ils avaient des raisons de croire qu’il avait mis son arme et ses souliers dans son puits, et qu’il avait été vu auparavant à la maison de Boucher. Ils ont demandé à l’appelant sa version de l’histoire et celui-ci a fait volontairement une déclaration incriminante à propos des meurtres. L’un des policiers, qui prenait des notes depuis une dizaine de minutes, a proposé que la déclaration soit prise formellement par écrit. C’est à ce moment que l’appelant a demandé l’assistance d’un avocat, à la suite de quoi les policiers lui ont dit qu’il n’y aurait plus de questions. Les

returned a pause of several minutes ensued when nothing was said. The accused then started in on a more detailed and explicit statement. This second statement was excluded by the trial judge because it was made after the appellant had exercised his right to counsel.

At trial, the appellant said his “confession” to the police was in fact a recounting of his second-hand knowledge of the shootings gained from other neighbours during the day of drinking following the shootings. He remembers little of his statements to the police, other than that he was suffering at the time from “the worst hangover of my life”.

During a four-hour jury charge, MacIntosh J. instructed the jury on the law regarding the defences of provocation and drunkenness, and that there were four possible verdicts on each murder count: not guilty, guilty of first degree murder, second degree murder, or manslaughter. He also instructed the jury on how to evaluate the contradiction between the appellant’s statements to the police and his testimony at trial. Part of this instruction was as follows:

Here we recall that the accused is saying he doesn’t remember anything of what happened, that these statements he gave is what he had heard from other people. If you decide to accept part or all of it, it will be considered by you with the other evidence that you decide to accept. You, of course, must reach your verdict on the whole of the evidence that you decide is worthy of belief. The accused, as a witness, you can accept his earlier testimony as the statement that the police—the Crown alleges he made to the police. You can accept that as the truth of what happened (“He” being the accused person) as opposed to what he said in court. This we cannot do with an ordinary witness but with an accused, you are free to accept either, what he said in the statement or what he said in court. If you find that his evidence at trial represented the true facts, or if you

policiers l’ont alors laissé seul pour qu’il appelle sa sœur et lui demande de contacter un avocat. À leur retour, il y a eu une pause de plusieurs minutes au cours de laquelle rien n’a été dit. L’accusé s’est ensuite engagé dans une déclaration plus détaillée et explicite. Cette seconde déclaration a été exclue par le juge du procès parce qu’elle avait été faite après que l’appelant eut exercé son droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat.

Lors du procès, l’appelant a déclaré que, dans sa «confession» aux policiers, il n’avait fait en réalité que reconstituer les meurtres d’après la connaissance indirecte qu’il en avait acquise d’autres voisins au cours de la journée qu’il avait passé à boire après la fusillade. Il n’a que peu de souvenirs des déclarations qu’il a faites aux policiers, si ce n’est qu’il avait alors [TRADUCTION] «la pire gueule de bois de [s]a vie».

Dans son exposé au jury d’une durée de quatre heures, le juge MacIntosh a donné des directives sur le droit relatif aux moyens de défense de provocation et d’ivresse, ainsi que sur les quatre verdicts possibles sur chacun des chefs d’accusation de meurtre: non coupable, coupable de meurtre au premier degré, de meurtre au deuxième degré ou d’homicide involontaire coupable. Il lui a également donné une directive sur la manière d’évaluer la contradiction entre les déclarations de l’appelant aux policiers et son témoignage au procès. Voici un extrait de cette directive:

[TRADUCTION] Rappelons que l’accusé affirme qu’il ne se souvient pas du tout de ce qui s’est passé, que les déclarations qu’il a faites provenaient de ce qu’il avait entendu dire par d’autres. Si vous décidez d’accepter ce témoignage en totalité ou en partie, vous devrez l’examiner à la lumière des autres éléments de preuve que vous déciderez d’accepter. Vous devez, bien entendu, rendre votre verdict d’après l’ensemble des éléments de preuve que vous jugez dignes de foi. L’accusé étant un témoin, vous pouvez accepter son témoignage antérieur, à savoir la déclaration que la police—que le ministère public allègue qu’il a faite à la police. Vous pouvez l’accepter comme établissant véritablement ce qui s’est passé («il» étant la personne accusée) par opposition à ce qu’il a dit en cour. Cela est impossible dans le cas d’un témoin ordinaire, mais dans le cas d’un accusé,

have any reasonable doubt about it, you will reject entirely the earlier statement. [Emphasis added.]

A majority of the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court found the underlined passage a significant misdirection, in that it may have suggested to the jury that they should consider the appellant's confession separate and apart from the other evidence.

After two hours of deliberation, the jury asked to have the evidence of William Cogger, Lorraine Boucher and Daniel Girrior read back. After this, the jury deliberated for one and a half days, and then returned a verdict of not guilty on all counts.

Judgments

The Crown appealed the acquittal on a total of eleven grounds. Only two of these were seriously considered by the Appeal Division: that MacIntosh J. erred in (1) excluding the appellant's second out-of-court statement to the police, and (2) instructing the jury to reject entirely the accused's first out-of-court statement to the police if his testimony at trial raised any reasonable doubt about it. The appeal was allowed on the second ground; see (1991), 103 N.S.R. (2d) 91. Chipman and Hart J.J.A. wrote separate judgments for the majority, Freeman J.A. dissented.

On the first question, Chipman J.A. reviewed the governing case law on an accused's rights to counsel and silence, and concluded that the police did nothing wrong in this instance. He reasoned that the duty of the police under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not go so far as to require them to cease listening to unelicited statements that a detainee may make after requesting counsel. As such, Chipman J.A. found that the trial judge had erred in excluding the statement. However, he also found that the admission of the statement would not necessarily have affected the

vous êtes libres d'accepter soit ce qu'il a dit dans la déclaration, soit ce qu'il a dit en cour. Si vous estimez que c'est son témoignage au procès qui représente la vérité, ou si vous avez un doute raisonnable à ce sujet, vous rejetterez entièrement la déclaration antérieure. [Je souligne.]

La Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, à la majorité, a jugé que le passage souligné constituait une directive erronée déterminante en ce qu'elle a pu amener les jurés à croire qu'ils devaient examiner la confession de l'appellant séparément des autres éléments de preuve.

Après deux heures de délibérations, le jury a demandé qu'on lui relise les témoignages de William Cogger, Lorraine Boucher et Daniel Girrior. À la suite de quoi il a délibéré pendant une journée et demie puis a rendu un verdict de non-culpabilité quant à tous les chefs d'accusation.

Les jugements

Le ministère public a interjeté appel de l'acquiescement en faisant valoir au total onze moyens. Seulement deux d'entre eux ont sérieusement été pris en considération par la Section d'appel, savoir que le juge MacIntosh a commis une erreur (1) en excluant la seconde déclaration extrajudiciaire de l'appelant aux policiers, et (2) en disant au jury de rejeter entièrement la première déclaration extrajudiciaire de l'appelant aux policiers si son témoignage au procès soulevait un doute raisonnable à son sujet. L'appel a été accueilli pour le second motif: voir (1991), 103 N.S.R. (2d) 91. Les juges Chipman et Hart ont rédigé des opinions distinctes pour la majorité, le juge Freeman étant dissident.

Sur la première question, le juge Chipman a passé en revue la jurisprudence pertinente en matière de droit de l'accusé d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et de garder le silence. Il conclut que les policiers n'ont rien à se reprocher en l'espèce. Suivant son raisonnement, l'obligation qu'impose la *Charte canadienne des droits et libertés* aux policiers ne va pas jusqu'à exiger qu'ils cessent d'écouter les déclarations non sollicitées qu'un détenu peut faire après avoir demandé de recourir à l'assistance d'un avocat. À ce titre, le juge Chipman conclut que le juge du procès a

jury's verdict, because the crucial first statement had been put before the jury. Hart J.A. agreed that the trial judge had erred in excluding the second statement, but in his view the exclusion might have materially affected the jury's deliberations. He would have ordered a new trial on this ground. Freeman J.A. differed from his colleagues, concluding that the trial judge was correct in excluding the statement. In the result, the Crown's appeal on this first ground was dismissed.

On the second question, Chipman J.A. reviewed the jury charge, referred to *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Minhas* (1986), 29 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1987] 2 S.C.R. viii, and *Nadeau v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 570, and concluded as follows, at pp. 109-10:

On reading the trial judge's charge in its entirety, I have the same concern as did Sopinka, J., in *Morin*, that the instruction to regard the evidence as a whole was not sufficient to correct the impression they might well have got, that they were to examine the Crown's evidence about the confession in isolation without taking into account the evidence as a whole in determining if it established guilt beyond a reasonable doubt. It seems to me that basically the same error was made here as was made in *Morin*.

Moreover, this error was of sufficient gravity that it cannot be said that had it not been made the result would necessarily have been the same. Sopinka, J., said in *Morin*, supra, the charge with respect to the burden of proof lays down for the jury one of the most fundamental rules of the game. The confession was undoubtedly a crucial part of the Crown's case. Without it, the jury could easily have formed a reasonable doubt. With it, it is difficult to see how a reasonable doubt as to some degree of guilt at least could be entertained. It can therefore be said with a reasonable degree of certainty that the outcome may have been affected by the misdirection relating to the confession. The appeal should be allowed and a new trial ordered.

commis une erreur en excluant la déclaration. Cependant, il conclut également que l'admission de la déclaration n'aurait pas nécessairement influé sur le verdict du jury parce que la première déclaration, d'importance cruciale, lui avait été soumise. Tout en convenant que le juge du procès a commis une erreur en excluant la seconde déclaration, le juge Hart se dit d'avis quant à lui que l'exclusion a pu influencer substantiellement les délibérations du jury. Aussi aurait-il ordonné la tenue d'un nouveau procès pour ce motif. Quant au juge Freeman, il estime, contrairement à ses collègues, que le juge du procès a eu raison d'exclure la déclaration. En définitive, l'appel du ministère public sur ce premier moyen a été rejeté.

Sur la seconde question, après avoir passé en revue l'exposé au jury, et cité les arrêts *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, *R. c. Minhas* (1986), 29 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1987] 2 R.C.S. viii, et *Nadeau c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 570, le juge Chipman conclut ainsi, aux pp. 109 et 110:

[TRADUCTION] À la lecture de l'ensemble de l'exposé du juge du procès, je crains, tout comme le juge Sopinka dans l'arrêt *Morin*, que la directive de considérer la preuve dans son ensemble n'ait pas suffi à corriger l'impression que les jurés ont pu avoir qu'ils devaient examiner la preuve du ministère public relative à la confession isolément, sans prendre en considération l'ensemble de la preuve pour décider si elle établissait la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Il me semble qu'il s'agit là essentiellement de la même erreur que celle commise dans l'affaire *Morin*.

De plus, cette erreur était suffisamment grave pour qu'on ne puisse dire que si elle n'avait pas existé, le résultat aurait nécessairement été le même. Comme l'a dit le juge Sopinka dans l'arrêt *Morin*, précité, l'exposé sur la charge de la preuve présente au jury une des règles du jeu les plus fondamentales. La confession constituait sans nul doute une pièce décisive de la preuve du ministère public. Sans elle, un doute raisonnable pouvait facilement se former dans l'esprit des jurés. Mais devant cette confession, on voit mal comment il serait possible d'avoir un doute raisonnable, du moins quant à une certaine culpabilité. On peut donc affirmer, avec un degré raisonnable de certitude, que le résultat a pu être modifié par la directive erronée relative à la confession. Il y a lieu d'accueillir l'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Hart J.A. shared Chipman J.A.'s view that the instruction was incorrect, finding that it permitted the jury to apply the doctrine of reasonable doubt to parts of the evidence rather than to the evidence as a whole, and that the overall instruction did not remedy this defect.

In dissent, Freeman J.A. conceded that the language used in the trial judge's charge to the jury raised the possibility of a misdirection, but he did not agree that an error warranting a new trial had been made. He reasoned as follows, at pp. 133-35:

At its worst, the part of the charge in question, balanced as it is by instructions that the whole of the evidence must be considered, is not so clear as to cause the jury to override their common sense and prematurely exclude a piece of evidence as important as the statement. Once accepted as possibly true, common sense would dictate that the statement remain part of their deliberations to be rejected as a true description of events only when the whole of the evidence including the statement failed to persuade them beyond a reasonable doubt of the respondent's guilt.

If one were to assume that as a result of Mr. Justice MacIntosh's charge, the jury thought their duty was to apply the standard of proof beyond a reasonable doubt to the statement as a piece of evidence in isolation from the other evidence, how might they have proceeded? They could only reject the statement in isolation if it raised a reasonable doubt within itself, if it contained contradictions or inconsistencies that might realize a reasonable doubt. No such internal flaws are apparent. Therefore it had to be considered in the light of other evidence.

In considering the truth of [the appellant's] evidence about the statement, the jury had been instructed to take into account corroboration, circumstances and the condition of the accused. That is to say, the jury was instructed to consider the statement with the whole of the evidence. The charge would be objectionable only if it could be seen as directing the jury to reject the state-

Le juge Hart souscrit à l'opinion du juge Chipman quant au caractère erronée de la directive. Il estime qu'elle a permis au jury d'appliquer la doctrine du doute raisonnable à des parties plutôt qu'à l'ensemble de la preuve, et que l'exposé global n'a pas remédié à ce vice.

Dans sa dissidence, le juge Freeman convient que la formulation de l'exposé du juge au jury pouvait laisser croire à une directive erronée, mais il estime qu'aucune erreur ne justifie en l'occurrence la tenue d'un nouveau procès. Voici l'analyse qu'il fait, aux pp. 133 à 135:

[TRADUCTION] Au pire, la partie de l'exposé en cause, contrebalancée par la directive de prendre en considération l'ensemble de la preuve, n'est pas à ce point claire qu'elle ait pu inciter les jurés à faire abstraction de leur bon sens et à exclure prématurément un élément de preuve aussi important que la déclaration. Le bon sens commanderait en effet, dans l'hypothèse où l'on accepte comme plausible la véracité de la déclaration, que celle-ci reste un élément des délibérations et qu'elle ne soit rejetée comme ne représentant pas la description exacte des événements que lorsque, au vu de l'ensemble de la preuve, y compris la déclaration, les jurés ne sont pas convaincus hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'intimé.

Si l'on présumait qu'à la suite de l'exposé du juge MacIntosh, les jurés ont cru de leur devoir d'appliquer la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable à la déclaration comme s'il s'agissait d'un élément isolé des autres éléments de preuve, comment auraient-ils pu procéder? Ils ne pouvaient rejeter la déclaration isolément que si elle soulevait en soi un doute raisonnable, si elle contenait des contradictions ou des incohérences susceptibles de faire naître un doute raisonnable. Or la déclaration ne comporte aucun défaut interne de ce genre. Elle devait donc être examinée à la lumière des autres éléments de preuve.

Dans leur examen de la véracité du témoignage [de l'appelant] quant à la déclaration, le jury devait, suivant les directives reçues, prendre en considération l'existence de corroboration, les circonstances et l'état de l'accusé. En d'autres termes, la directive l'incitait à examiner la déclaration avec l'ensemble de la preuve. L'exposé ne serait contestable que dans la mesure où on aurait dit au

ment before it had done so. It is difficult to see how the jury might have considered the statement except in the context of all of the other evidence. It did not lend itself to consideration in either total or partial isolation.

Accordingly, Freeman, J.A. would have dismissed this ground of appeal.

Points in Issue

1. Whether the trial judge erred in law in instructing the jury that the appellant's out-of-court inculpatory statement must be rejected entirely if his testimony at trial raised any reasonable doubt about it.
2. Whether the trial judge erred in law in excluding from evidence certain statements made by the appellant to police officers.
3. Whether the majority of the Court of Appeal erred in law in holding that the verdict might have been different, thereby usurping the function of the jury.

Analysis

All three of the points in issue were argued in written submissions to this Court, but at the commencement of the hearing appellant's counsel abandoned the second issue concerning the exclusion of the appellant's second statement to the police. This abandonment created certain procedural difficulties for the respondent, which I will comment on briefly before turning to the remaining issues, which concern the charge to the jury.

The Excluded Statement

In the court below, the Crown won a partial victory on the excluded confession: a majority found that the trial judge had erred in excluding it, but only Hart J.A. would have ordered a new trial because of this error. The appellant appealed only the first point of law to this Court, arguing that the trial judge had not erred. I presume the reason for appealing on this point was to foreclose the admission of the statement at a new trial, in the event

jury de rejeter la déclaration avant d'avoir pu faire cet examen. Or, on voit mal comment le jury aurait pu prendre la déclaration en considération si ce n'est dans le contexte de tous les autres éléments de preuve. Elle ne se prêtait pas à un examen totalement ou partiellement isolé.

En conséquence, le juge Freeman aurait rejeté ce moyen d'appel.

b Questions en litige

1. Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en donnant comme directive au jury de rejeter entièrement la déclaration extrajudiciaire inculpatrice de l'appelant si son témoignage au procès soulevait un doute raisonnable à son sujet?
2. Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en excluant de la preuve certaines déclarations faites par l'appelant aux policiers?
3. Les juges formant la majorité à la Cour d'appel ont-ils commis une erreur de droit en concluant que le verdict aurait pu être différent, usurpant ainsi la fonction du jury?

Analyse

Chacune des trois questions en litige a fait l'objet d'une argumentation écrite présentée à notre Cour, mais à l'ouverture de l'audience, l'avocat de l'appelant a renoncé à la deuxième question concernant l'exclusion de la seconde déclaration de l'appelant aux policiers. Cette renonciation a créé certaines difficultés de procédure pour l'intimée, question que j'aborderai brièvement avant d'examiner les autres questions ayant trait à l'exposé au jury.

La déclaration exclue

Le ministère public a, à l'instance inférieure, remporté une victoire partielle sur la question de la confession exclue: les juges formant la majorité ont conclu que le juge du procès avait commis une erreur en excluant cette déclaration, mais seul le juge Hart aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès pour ce motif. Devant notre Cour, l'appelant s'est pourvu uniquement sur le premier point de droit, faisant valoir que le juge du procès

that this Court upholds the decision of the court below that such a re-trial is necessary. In any event, as I have noted, the appellant eventually abandoned this ground of appeal. As the hearing of this appeal progressed, the Crown urged this Court to adopt Hart J.A.'s minority position in favour of a new trial because of the excluded statement. The Chief Justice pointed out that the Crown had not cross-appealed on this point, and indeed was not entitled to cross-appeal. Accordingly, the Court refused to hear the Crown's arguments on this issue.

Our refusal to hear the Crown on this point was based on the limited scope for Crown appeals to this Court, as determined by s. 693(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46:

693. (1) Where a judgment of a court of appeal sets aside a conviction pursuant to an appeal taken under section 675 or dismisses an appeal taken pursuant to paragraph 676(1)(a), (b) or (c) or subsection 676(3), the Attorney General may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents; or

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada. [Emphasis added.]

The problem for the Crown in this case is that the Court of Appeal allowed the Crown's appeal, albeit on a different issue than that which the Crown sought to pursue in this Court. The Crown's overall success in the court below precluded any further appeal, or cross-appeal, to this Court.

A similar question was recently considered by this Court in *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449. In that case, a trial judge stayed proceedings in a drug case because of entrapment. The Crown appealed, seeking a reversal of the stay and a substitution of convictions against the accused. The appeal was

n'avait pas commis d'erreur. Je présume que l'appel sur ce point visait à rendre la déclaration irrecevable à un nouveau procès dans l'éventualité où notre Cour confirmerait la décision de la juridiction inférieure sur la nécessité d'un tel procès. Quoi qu'il en soit, comme je l'ai dit précédemment, l'appelant a finalement abandonné ce moyen d'appel. Au cours de l'audience, le ministère public a demandé à notre Cour d'adopter la position minoritaire du juge Hart en faveur de la tenue d'un nouveau procès en raison de l'exclusion de la déclaration. Le Juge en chef a fait remarquer que le ministère public n'avait pas interjeté de pourvoi incident sur ce point, ce qu'il n'était d'ailleurs pas habilité à faire. La Cour a donc refusé d'entendre ses prétentions sur cette question.

Notre refus d'entendre le ministère public sur ce point était fondé sur la portée limitée des appels que celui-ci peut, aux termes du par. 693(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, interjeter devant notre Cour:

693. (1) Lorsqu'un jugement d'une cour d'appel annule une déclaration de culpabilité par suite d'un appel interjeté aux termes de l'article 675 ou rejette un appel interjeté aux termes de l'alinéa 676(1)a), b) ou c) ou du paragraphe 676(3), le procureur général peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada:

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident;

b) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada. [Je souligne]

Le problème du ministère public en l'espèce est que la Cour d'appel a accueilli l'appel qu'il avait interjeté, bien que sur une question différente de celle qu'il a tenté de faire valoir devant nous. C'est la victoire globale qu'il a remportée devant la juridiction inférieure qui empêche le ministère public de se pourvoir, en appel ou en appel incident, devant notre Cour.

Notre Cour a récemment examiné une question semblable dans l'arrêt *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449. Dans cette affaire, le juge du procès avait ordonné l'arrêt des procédures dans une affaire de drogue parce qu'il y avait eu provocation policière. En appel, le ministère public a demandé

successful in part: the Court of Appeal lifted the stay, but ordered a new trial rather than entering convictions. The accused appealed, and although the Crown did not cross-appeal it argued not only that the lifting of the stay should be affirmed, but that this Court should impose the convictions that the Court of Appeal had refused. Lamer C.J., writing for the majority, rejected the Crown's arguments on this latter point. He found that s. 693 of the *Code* has no application when a Crown appeal has been allowed. Moreover, Lamer C.J. relied on *Guillemette v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 356, in finding that this Court's jurisdiction to vary a judgment of a court of appeal (pursuant to s. 695 of the *Code*) applies only when there is a valid Crown appeal before the Court. He concluded with the following passage, at p. 466:

In the absence of an appeal by the Crown, this Court has no jurisdiction to allow the Crown's request that the order below be modified. To hold otherwise would allow the Crown to appeal to this Court where such an opportunity has not been provided by the *Criminal Code* or the *Supreme Court Act*. The Crown is not given by statute the ability to appeal to this Court a decision which allowed its appeal from an acquittal or judicial stay of proceedings, but which gave the Crown less than what had been requested. As a result, there is no statutory provision which would allow the Crown to appeal from the Court of Appeal's judgment. Absent a statutory right of appeal, there is no right of appeal. [Emphasis in original.]

In my view, this reasoning is directly applicable to the present situation. As in *Barnes*, a court of appeal has allowed a Crown appeal, thereby precluding any appeal, or cross-appeal, by the Crown to this Court. The subdivision of a case on appeal into discrete grounds does not assist the Crown in this regard: an unfavourable ruling by a court of appeal on one point of law is overtaken by the Crown's success on other grounds.

que l'ordonnance d'arrêt soit infirmée et qu'y soient substituées des déclarations de culpabilité contre l'accusé. L'appel a été accueilli en partie: la Cour d'appel a levé l'arrêt, tout en ordonnant la tenue d'un nouveau procès au lieu d'inscrire des déclarations de culpabilité. L'accusé a formé un pourvoi et, bien que le ministère public n'ait pas formé de pourvoi incident, celui-ci a fait valoir non seulement que la levée de l'arrêt devait être confirmée, mais aussi que nous devons imposer les déclarations de culpabilité que la Cour d'appel avait refusé d'inscrire. Au nom de la majorité, le juge en chef Lamer a rejeté les prétentions du ministère public sur ce dernier point. Il estimait que l'art. 693 du *Code* ne s'applique pas lorsque l'appel du ministère public a été accueilli. De plus, s'appuyant sur l'arrêt *Guillemette c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 356, le juge en chef Lamer a jugé que notre Cour n'a compétence pour modifier la décision d'une cour d'appel (en vertu de l'art. 695 du *Code*) que lorsque le ministère public a valablement formé un pourvoi devant elle. Il conclut ainsi, à la p. 466:

En l'absence donc d'un pourvoi du ministère public, notre Cour n'a pas compétence pour accueillir sa requête en modification de l'ordonnance prononcée à l'instance inférieure. Conclure autrement serait permettre au ministère public de se pourvoir devant nous alors que cette faculté ne lui est accordée ni par le *Code criminel* ni par la *Loi sur la Cour suprême*. Le ministère public n'est pas, de par la loi, habilité à se pourvoir devant notre Cour contre une décision qui a accueilli l'appel qu'il avait interjeté d'un verdict d'acquiescement ou d'un arrêt des procédures, mais qui lui a donné moins que ce qui avait été demandé. Par conséquent, il n'existe aucune disposition législative qui permettrait au ministère public de se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel. Sans droit d'appel prévu par la loi, il n'y a pas de droit d'appel. [Souligné dans l'original.]

À mon avis, ce raisonnement s'applique directement en l'espèce. Comme dans *Barnes*, une cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, empêchant ainsi tout pourvoi ou pourvoi incident de ce dernier devant notre Cour. La subdivision des moyens d'appel n'aide pas le ministère public à cet égard: la décision défavorable d'une cour d'appel sur un point de droit est compensée par le succès du ministère public sur d'autres moyens.

In the result, since the second ground of appeal has been abandoned by the appellant, it is unnecessary for this Court to consider the Appeal Division's decision regarding the exclusion of the accused's second statement.

The Jury Charge

I turn now to the first ground of appeal, which concerns the charge to the jury on the accused's first statement to the police. All three judgments at the Appeal Division concluded that the jury instruction was to some degree flawed in that it might have left the jury with the impression that it was required to consider the out-of-court statement separate and apart from the evidence as a whole. The majority concluded that this error warranted a new trial, but in dissent Freeman J.A. found that any error was cured by other elements of the charge. Before considering the charge and these judgments in detail, it is useful to review *R. v. Morin, supra*, as that decision looms large in the debate in the court below and before this Court.

In *Morin*, this Court found that a jury charge will be in error if it leaves the jury with the impression that each item of evidence is to be considered piecemeal against the criminal standard of proof. As well, a majority found that it is an error to instruct a jury to take a two-stage approach to their deliberations, whereby an initial fact-finding stage would weed out certain items of evidence, leaving the determination of guilt or innocence to be based only on the surviving evidence. The jury charge at issue in *Morin* is reproduced in the majority reasons (at p. 355) beginning with the following general instruction:

You are not obliged to accept any part of the evidence of a witness just because there is no denial of it. If you have a reasonable doubt about any of the evidence you will give the benefit of that doubt to the accused with respect to such evidence. Having decided what evidence you consider worthy of belief, you will consider it as a whole, of course, in arriving at your verdict. [Emphasis added by Sopinka J.]

En définitive, l'appelant ayant abandonné le second motif d'appel, il n'y a pas lieu que notre Cour examine la décision de la Section d'appel quant à l'exclusion de la seconde déclaration de l'accusé.

L'exposé au jury

J'en viens maintenant au premier motif d'appel, qui a trait à l'exposé au jury relativement à la première déclaration que l'accusé a faite aux policiers. Les trois juges de la Section d'appel ont tous conclu que la directive était jusqu'à un certain point viciée en ce qu'elle avait pu laisser croire aux jurés qu'ils étaient tenus d'examiner la déclaration extrajudiciaire séparément de l'ensemble de la preuve. La majorité a conclu que cette erreur justifiait la tenue d'un nouveau procès, mais le juge Freeman, dissident, estimait que les autres éléments de l'exposé y avaient remédié. Avant d'examiner l'exposé et ces jugements en détail, il convient de passer en revue l'arrêt *R. c. Morin*, précité, puisqu'il occupe une large place dans le débat à l'instance inférieure ainsi qu'en notre Cour.

Dans l'arrêt *Morin*, notre Cour a conclu qu'un exposé sera erroné s'il laisse croire au jury qu'il doit examiner la preuve élément par élément en regard de la norme de preuve en matière criminelle. La Cour à la majorité a estimé qu'il est également erroné de dire aux jurés de procéder à leurs délibérations en deux étapes, de sorte que certains éléments étant écartés dès l'étape initiale de recherche des faits, la détermination de la culpabilité ou de l'innocence ne soit fondée que sur les éléments de preuve restants. L'exposé au jury dans cette affaire, reproduit dans les motifs de la majorité, à la p. 355, commence par la directive générale suivante:

[TRADUCTION] Vous n'êtes pas tenus d'accepter une partie quelconque de la déposition d'un témoin seulement parce qu'elle n'a pas été niée. Si vous avez un doute raisonnable quant à un témoignage, vous accordez à l'accusé le bénéfice du doute à cet égard. Ayant décidé quel témoignage vous estimez digne de foi, vous l'examinerez dans son ensemble, évidemment, pour arriver à votre verdict. [Soulignement ajouté par le juge Sopinka.]

Later in the charge, the trial judge stated that the doctrine of reasonable doubt did not apply to each individual item of evidence, but rather to the whole of the case and to “the total body of evidence”. However, he then gave a series of instructions on particular items of evidence, each of which suggested that the criminal standard was to be applied, in isolation, to that item. For example, with regard to certain hair and fibre evidence, the trial judge said:

It seems to me that this evidence does not go beyond proving that Christine could have been in the Honda motor vehicle and that the accused could have been at the scene of the killing and, of course, that is not proof beyond a reasonable doubt.

Sopinka J., writing for the majority, found that the charge as a whole was misleading to the jury. He commented as follows, at p. 356:

In my opinion, based on my reading of the charge as a whole, a jury would likely have concluded that in examining the evidence they were to give the accused the benefit of the doubt in respect of any evidence. This process of examination and elimination would occur during the so-called “fact finding” stage, to use the appellant’s phrase. The evidence as a whole to which the jury was to apply itself in order to determine guilt or innocence was the residuum after the “fact finding” stage. There is no other way of reading the first excerpt from the charge. [Emphasis in original.]

Sopinka J. rejected the argument that the trial judge’s second instruction cured the erroneous impression left by the first (at p. 356):

The second excerpt refers to the “whole of the case” and the “total body of evidence”. Having been told earlier that the “whole” upon which the verdict was to be based consisted of the evidence that had been accepted, I am not satisfied that the jury would have interpreted this passage as a correction. Rather, they might very well have assumed that the earlier definition of the “whole” still applied. At best, from the appellant’s standpoint the jury would be confused. Subsequent passages in the charge illustrate what is meant by the first excerpt and would confirm that individual pieces of evidence were to be examined by reference to the criminal standard.

Un peu plus loin, le juge du procès a dit que la doctrine du doute raisonnable ne s’appliquait pas individuellement à chacun des éléments de preuve, mais plutôt à l’ensemble de la cause et à «tout l’ensemble de la preuve». Toutefois, il a ensuite donné une série de directives sur des éléments particuliers de la preuve, chacune donnant à penser que la norme en matière criminelle devait s’appliquer, isolément, à chaque élément. Ainsi, en ce qui concerne la preuve relative aux cheveux et aux fibres, le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] Il me semble que cette preuve ne fait pas plus que démontrer que Christine a pu se trouver dans l’auto Honda et que l’accusé a pu se trouver sur les lieux du meurtre et, évidemment, ce n’est pas là une preuve hors de tout doute raisonnable.

Au nom de la majorité, le juge Sopinka a conclu que, dans son ensemble, l’exposé a induit le jury en erreur. Il dit, à la p. 356:

Suivant mon interprétation de l’ensemble de l’exposé, un jury aurait vraisemblablement conclu qu’en examinant la preuve il devait accorder à l’accusé le bénéfice du doute à l’égard de toute preuve. Ce processus d’examen et d’élimination aurait eu lieu à l’étape de la «recherche des faits» pour reprendre l’expression de l’appelant. L’ensemble de la preuve que le jury devait examiner pour établir la culpabilité ou l’innocence était ce qui avait résisté à l’étape de la «recherche des faits». Il n’y a aucune autre façon d’interpréter le premier extrait de l’exposé. [Souligné dans l’original.]

Le juge Sopinka a rejeté l’argument selon lequel la deuxième directive du juge du procès avait corrigé l’impression erronée laissée par la première (à la p. 356):

Le deuxième extrait mentionne «l’ensemble de la cause» et «tout l’ensemble de la preuve». Comme on avait déjà dit au jury que «l’ensemble» sur lequel le verdict devait être fondé était la preuve qui avait été acceptée, je ne suis pas convaincu qu’il ait interprété ce passage comme une correction. Il a très bien pu supposer que la définition antérieure de «l’ensemble» continuait de s’appliquer. Au mieux, du point de vue de l’appelant, il y aurait eu confusion dans l’esprit du jury. Les passages subséquents de l’exposé montrent ce que signifie le premier extrait et confirment que les éléments de preuve doivent être examinés en fonction de la norme en matière criminelle.

Thus, the reversible error in *Morin* arose from the combined effect of two misdirections. The first was that the jury should assess the evidence in piecemeal fashion. This was exacerbated by the instruction to break the jury deliberations into two stages. In the end, Sopinka J. concluded, at p. 358:

The effect of the misdirections referred to above may very well have been that the jury examined evidence that was crucial to the Crown's case in bits and pieces. Standing alone or pitted against the evidence of the accused without the support of other evidence, much of this evidence might have been discarded as not measuring up to the test. When the jury came to consider the Crown's case as a whole there may not have been very much left of it. We cannot know for certain, but this scenario is a very likely one and the charge therefore constituted a serious misdirection.

With these findings from *Morin* in mind, I turn now to the jury charge in the present case.

In argument before this Court, the respondent focused on one particular passage in the charge, which instructed the jury members to "reject entirely" the accused's statement to the police if they had any reasonable doubt about it. It seems that the respondent's real complaint is with this single sentence, although other passages are impugned, and I will discuss them all.

The charge lasted over four hours, with two short breaks. MacIntosh J. organized his address to the jury as follows: general principles of a criminal trial, specific principles regarding murder, the theories of the Crown and defence, review and comment on the evidence, and finally general instructions on the available verdicts. The relevant portions of the charge are set out below, and for ease of reference I have lettered the paragraphs A to G. The impugned passages are underlined.

At the outset the trial judge explained the concept of proof beyond a reasonable doubt. He then said:

Ainsi, l'erreur justifiant l'infirmité dans l'affaire *Morin* a résulté de l'effet combiné de deux directives erronées. La première a consisté à dire au jury qu'il devait apprécier isolément chaque élément de preuve, ce qui a été aggravé par la directive de diviser les délibérations en deux étapes. Le juge Sopinka a finalement conclu, à la p. 358:

Il est très possible que ces directives erronées aient amené le jury à examiner de façon fragmentée des éléments de preuve qui étaient décisifs pour la poursuite. Pris isolément ou comparés au témoignage de l'accusé sans l'appui d'autres témoignages, plusieurs de ces éléments de preuve auraient pu être écartés parce qu'ils ne résistaient pas au test. Lorsque le jury est arrivé à l'examen de la preuve de la poursuite prise dans son ensemble, il se peut qu'il n'en soit pas resté grand-chose. On ne peut en être certain, mais c'est très vraisemblable et l'exposé constituait donc une directive erronée aux conséquences sérieuses.

Ces conclusions de l'arrêt *Morin* à l'esprit, j'en viens maintenant à l'exposé fait au jury en l'espèce.

Dans son argumentation devant notre Cour, l'intimée a attiré l'attention sur un passage particulier de l'exposé où l'on a dit aux membres du jury de [TRADUCTION] «rejeter entièrement» la déclaration de l'accusé aux policiers s'ils avaient un doute raisonnable à son sujet. Cette phrase semble le seul grief réel de l'intimée, bien que son attaque porte aussi sur d'autres passages, que j'examinerai également.

L'exposé a duré plus de quatre heures, entrecoupées de deux brèves pauses. Le juge MacIntosh a divisé son allocution de la manière suivante: principes généraux régissant le procès criminel, principes particuliers en matière de meurtre, thèses du ministère public et de la défense, revue de la preuve et remarques à cet égard et enfin, directives générales sur les verdicts possibles. On trouvera ci-après les parties pertinentes de l'exposé dont, pour plus de commodité, j'ai marqué les paragraphes de A à G. Les passages contestés sont soulignés.

D'entrée de jeu, le juge du procès a expliqué la notion de preuve hors de tout doute raisonnable:

[A] The accused is entitled to the benefit of reasonable doubt on the whole of the case with respect to each count, and on each and every issue in the case. If after considering the whole of the case and the submissions made on behalf of the accused you entertain a reasonable doubt of guilt, you must resolve that doubt in his favour and acquit him.

The judge then turned to the question of the accused's testimony. He stated:

[B] In this case the accused himself gave evidence, and he is in the same position as any other witness as far as his credibility is concerned. Shortly I will instruct you how to weigh testimony, but for the present let me tell you that if you believe the accused, that he did not commit the offense, or what he did lacked some essential element of the offense, which I'll describe later, or if the evidence of the accused, either standing alone or taken together with all the other evidence, leaves you in a state of reasonable doubt, then you must acquit him. But if upon consideration of all the evidence, the arguments of counsel, that you are satisfied that the accused has been proven guilty beyond a reasonable doubt, it is your duty to convict.

Counsel for the respondent contended that paragraph A, in directing the jury to give the accused the benefit of reasonable doubt "on each and every issue in the case", exacerbated the putative errors which follow. I do not agree. It is entirely correct to state that the accused has the benefit of the doubt on each "issue", which is a reference to the Crown's burden of proving each element of the offence charged.

MacIntosh J. next gave a summary of the factors to be considered in weighing testimony, and stressed that the jury was not obliged to accept what a witness says. He then reviewed the law relating to the charge of murder and its included offences. Following this he turned to the portion of the charge to which the Crown objects. It deals with how the jury should approach its considera-

[A] [TRADUCTION] L'accusé a droit au bénéfice du doute raisonnable sur l'ensemble de l'affaire à l'égard de chaque chef d'accusation, de même que sur chacune des questions en cause dans cette affaire. Si, après avoir examiné l'ensemble de l'affaire et les arguments présentés pour le compte de l'accusé, vous avez un doute raisonnable quant à sa culpabilité, vous devez lui donner le bénéfice de ce doute et l'acquitter.

Le juge a abordé ensuite la question du témoignage de l'accusé:

[B] [TRADUCTION] Dans la présente affaire, l'accusé a témoigné lui-même, de sorte qu'il est dans la même position que tout autre témoin pour ce qui est de sa crédibilité. Je vous dirai bientôt comment apprécier les témoignages mais, pour le moment, disons simplement que si vous croyez l'accusé, si vous croyez qu'il n'a pas commis l'infraction ou qu'il manque certains éléments essentiels de l'infraction que je vous expliquerai plus tard, ou si le témoignage de l'accusé, pris isolément ou en regard de tous les autres éléments de la preuve, soulève dans votre esprit un doute raisonnable, vous devez alors l'acquitter. Mais si, après examen de l'ensemble de la preuve, de l'argumentation des avocats, vous êtes convaincus que la culpabilité de l'accusé a été établie hors de tout doute raisonnable, il est alors de votre devoir de le déclarer coupable.

L'avocat de l'intimée fait valoir qu'en disant au jury, au paragraphe A, de donner à l'accusé le bénéfice du doute raisonnable [TRADUCTION] «sur chacune des questions en cause dans cette affaire», le juge a aggravé les erreurs présumées qui ont suivi. Je ne suis pas d'accord. Il est en effet tout à fait correct de dire que l'accusé a le bénéfice du doute sur chacune des «questions en cause», ce qui renvoie à la charge incombant à la poursuite de prouver chacun des éléments de l'infraction reprochée.

Le juge MacIntosh a ensuite résumé les facteurs à prendre en considération dans l'appréciation des témoignages, soulignant que le jury n'était pas tenu d'accepter les dires des témoins. Puis, il a passé en revue le droit en matière d'accusation de meurtre et ses infractions incluses, après quoi il a expliqué de quelle manière le jury devait examiner les déclarations de l'accusé aux policiers, partie de

tion of the appellant's statements to the police. He stated:

[C] Statements of the accused: You've heard evidence that—it'd be from the evidence of Sergeant Peebles and Constable Cleary regarding statements to have been made by the accused to them on June the 25th. The fact that evidence of this—these statements were given does not mean that they were made or that they were true. That's up for you to decide. It's for you to decide whether the statements were made and if you have a reasonable doubt about whether or not a particular statement was made in whole or in part, you must reject it entirely or reject those parts as to which you have a reasonable doubt as to the making. If you find the statements were made, you may believe all the statement, part of it, or you can reject them entirely. You are the sole judges whether an unsworn statement alleged to have been made by the accused in whole or in part is an acknowledgment by the accused of the truth of the matters contained in it.

[D] In determining whether or not the accused's statement is true in whole or in part, you might consider the following, one, has there been any corroboration by independent evidence of important parts of it, the circumstances leading up to the making of it, and the circumstances under which it was made, the condition of the accused at the time he is alleged to have made it? Statements were not given under oath, but you may act on those parts which in your judgment are an acknowledgement by the accused of the truth of the facts in the statement.

[E] Here we recall that the accused is saying he doesn't remember anything of what happened, that these statements he gave is what he had heard from other people. If you decide to accept part or all of it, it will be considered by you with the other evidence that you decide to accept. You, of course, must reach your verdict on the whole of the evidence that you decide is worthy of belief. The accused, as a witness, you can accept his earlier testimony as the statement that the police—the Crown alleges he made to the police. You can accept that as the truth of what happened ("He" being the accused person.) as opposed to what he said in court. This we cannot do with an ordinary witness but with an accused, you are free to accept either, what he said in the

l'exposé à laquelle le ministère public s'oppose. Il s'est exprimé ainsi:

[C] [TRADUCTION] Déclarations de l'accusé: Vous avez entendu des témoignages—les témoignages du sergent Peebles et de l'agent Cleary à propos de déclarations que l'accusé leur a faites le 25 juin. Le fait qu'il y ait des témoignages à ce sujet, au sujet de cette—de ces déclarations ne signifie pas qu'elles ont été faites ou qu'elles étaient vraies. C'est à vous qu'il appartient d'en décider. C'est à vous qu'il appartient de décider si les déclarations ont été faites et, si vous avez un doute raisonnable quant à savoir si une déclaration particulière a été faite en tout ou en partie, vous devez la rejeter entièrement ou rejeter les parties dont vous doutez raisonnablement qu'elles aient été faites. Si vous concluez que les déclarations ont été faites, vous pouvez y ajouter foi entièrement, en croire une partie seulement, ou vous pouvez les rejeter entièrement. Vous êtes les seuls juges de la question de savoir si une déclaration qui aurait été faite par l'accusé non sous serment constitue en tout ou en partie une reconnaissance par l'accusé de la véracité des questions qui y sont abordées.

[D] Afin de décider si la déclaration de l'accusé est véridique en tout ou en partie, vous pouvez considérer les éléments suivants, savoir s'il y a eu corroboration par un témoignage indépendant de parties importantes de la déclaration, les circonstances ayant conduit à cette déclaration et dans lesquelles elle a été faite et l'état dans lequel se trouvait l'accusé à ce moment. Les déclarations n'ont pas été faites sous serment, mais vous pouvez accepter les parties qui, suivant votre jugement, constituent une reconnaissance par l'accusé de la véracité des faits qui y sont relatés.

[E] Rappelons que l'accusé affirme qu'il ne se souvient pas du tout de ce qui s'est passé, que les déclarations qu'il a faites provenaient de ce qu'il avait entendu dire par d'autres. Si vous décidez d'accepter ce témoignage en totalité ou en partie, vous devrez l'examiner à la lumière des autres éléments de preuve que vous déciderez d'accepter. Vous devez, bien entendu, rendre votre verdict d'après l'ensemble des éléments de preuve que vous jugez dignes de foi. L'accusé étant un témoin, vous pouvez accepter son témoignage antérieur, à savoir la déclaration que la police—que le ministère public allègue qu'il a faite à la police. Vous pouvez l'accepter comme établissant véritablement ce qui s'est passé («il» étant la personne accusée) par opposi-

statement or what he said in court. If you find that his evidence at trial represented the true facts, or if you have any reasonable doubt about it, you will reject entirely the earlier statement. [Emphasis added.]

All the instructions to this point were given in the first part of the jury charge. Towards the end of the charge, while reviewing the evidence, the trial judge recalled the accused's statement to the police and commented:

[F] Now you remember what I told you about statements of an accused persons and how you deal with it. You've seen the circumstances under which it was taken and you have the evidence of the condition of the accused at the time and so on. The evidence of Sergeant Peebles and Constable Cleary I found—(That's up to you.) I found it pretty straight forward.

[G] You will recall that the accused is saying that that statement which I have just read was made up from what he had heard from other people. That's up for you to decide if that's true or not. Look at that statement and see whether all the information contained in it could have been obtained from other people or did it have to come from the accused itself.

That is the last of the relevant portions of the instruction to the jury.

As the underscoring suggests, the respondent points to three passages as reversible errors, although as I have noted counsel focused principally on the last sentence in paragraph E. I will consider each of the passages in detail, but it is important at the outset to make certain general observations about the charge. First, it seems to me that this charge is readily distinguishable from that in *Morin*. In that case the trial judge directed the jury to consider the evidence in piecemeal bits, and compounded that error by instructing the jury to break their deliberations into two stages. These errors were exacerbated by repeated instructions on specific items of evidence, all of which suggested a piecemeal approach and said nothing about considering that evidence with due regard to

tion à ce qu'il a dit en cour. Cela est impossible dans le cas d'un témoin ordinaire, mais dans le cas d'un accusé, vous êtes libres d'accepter soit ce qu'il a dit dans la déclaration, soit ce qu'il a dit en cour. Si vous estimez que c'est son témoignage au procès qui représente la vérité, ou si vous avez un doute raisonnable à ce sujet, vous rejetterez entièrement la déclaration antérieure. [Je souligne.]

Toutes ces directives ont été données dans la première partie de l'exposé du jury. Vers la fin, le juge du procès, qui passait en revue la preuve, a rappelé la déclaration de l'accusé à la police en ajoutant le commentaire suivant:

[F] [TRADUCTION] Rappelez-vous ce que je vous ai dit à propos des déclarations faites par un accusé et quant à la manière de les examiner. Vous connaissez les circonstances qui les ont entourées et vous disposez d'éléments de preuve quant à l'état de l'accusé à ce moment. À mon avis—(mais c'est à vous de juger) il me semble que le sergent Peebles et l'agent Cleary ont donné des témoignages honnêtes.

[G] Vous vous souviendrez que l'accusé affirme avoir fait la déclaration que je viens de vous lire à partir ce qu'il avait entendu dire par d'autres. C'est à vous de décider si cela est vrai ou non. Examinez la déclaration et demandez-vous si les renseignements qu'elle contient auraient tous pu être obtenus d'autres personnes ou s'il fallait qu'ils viennent de l'accusé lui-même.

C'est là la dernière partie pertinente de l'exposé au jury.

Ainsi qu'il appert du soulignement, trois passages comportent, selon l'intimée, des erreurs justifiant l'infirmité du jugement bien que, comme je l'ai souligné précédemment, l'avocat ait fait porter principalement son attaque sur la dernière phrase du paragraphe E. Je vais examiner en détail chacun de ces passages, mais il importe de faire dès le départ certaines observations générales à propos de l'exposé. D'abord, il me semble que cet exposé se distingue aisément de celui en cause dans l'arrêt *Morin*. Dans cette affaire, le juge du procès avait dit au jury d'examiner séparément chaque élément de la preuve, erreur qu'il avait alourdie en l'invitant à procéder à ses délibérations en deux étapes. Ces erreurs avaient été aggravées par des directives répétées sur des éléments parti-

all the other evidence. In the present case there is no general instruction to apply the criminal standard of proof to items of evidence in isolation. The charge does focus on one item of evidence—the appellant’s statement to the police—but the direction on this evidence is carefully couched in terms of all the other evidence in the case. Each time the trial judge addresses the appellant’s statement he is careful to return to the “whole of the evidence”. In *Morin*, by contrast, the charge to the jury on individual items of evidence never made this link. Finally, the charge in the present case does not instruct the jury to divide its deliberations into two phases. It is true that the first part of paragraph E refers to reaching a verdict “on the whole of the evidence that you decide is worthy of belief”, but this stops short of suggesting a two-stage process. The choice of words is perhaps unfortunate, but I do not believe that this passing reference would have misled the jury.

In this case, unlike *Morin*, there was almost no chance for the jury to form the impression that “the whole of the evidence” was intended to mean only the whole of the piecemeal bits of evidence already proven beyond a reasonable doubt. Appellant’s counsel pointed out that the trial judge gave fourteen distinct warnings to consider the evidence as a whole. These warnings, which occurred before, during and after the excerpts of the charge repeated above, strongly militate against any possibility that the jurors may have misconceived their role. I note also that the Crown took no exception to the jury charge at the time it was delivered. This is of course of no great moment, but it does suggest that any misdirection was not readily apparent to those who heard the charge.

As a final general comment, it is important to keep in mind just what MacIntosh J. was striving to achieve in these impugned passages. The contradiction between the accused’s out-of-court state-

culiers de la preuve, toutes invitant à une analyse fragmentée et étant muettes quant à la nécessité d’examiner ces éléments de preuve en regard de tous les autres éléments. En l’espèce, aucune directive générale n’invite à appliquer la norme de preuve en matière criminelle à des éléments de preuve pris isolément. L’accent est certes mis sur un élément de la preuve—la déclaration de l’appelant à la police—mais la directive pertinente est prudemment formulée pour tenir compte de tous les autres éléments en preuve en l’occurrence. Chaque fois qu’il est question de la déclaration de l’appelant, le juge du procès prend en effet soin de se référer à [TRADUCTION] «l’ensemble de la preuve». Dans l’affaire *Morin* par contre, ce lien n’avait jamais été fait dans le cas des directives portant sur des points précis de la preuve. Dans la présente espèce enfin, le jury n’est pas invité à diviser ses délibérations en deux étapes. Certes, il est question, dans la première partie du paragraphe E, de rendre un verdict «d’après l’ensemble des éléments de preuve que vous jugez dignes de foi», mais on n’y parle pas d’un processus en deux étapes. Le choix des mots est peut-être malheureux, mais je ne crois pas que cette remarque incidente ait pu induire le jury en erreur.

Contrairement à l’affaire *Morin*, il n’y avait pratiquement aucune chance, en l’espèce, pour que le jury ait l’impression que l’expression «l’ensemble de la preuve» ne désignait que l’ensemble des éléments fragmentés dont la preuve avait déjà été établie hors de tout doute raisonnable. L’avocat de l’appelant a souligné que le juge du procès avait, à quatorze reprises, averti le jury d’examiner la preuve dans son ensemble. Ces avertissements, donnés avant, pendant et après les extraits précités de l’exposé, tendent fortement à exclure toute possibilité que les jurés aient pu mal concevoir leur rôle. Je note également que le ministère public n’a pas trouvé à redire au moment même de l’exposé. Ce fait ne revêt certes pas une importance majeure, mais il laisse supposer que l’exposé ne contenait aucune erreur manifeste.

En guise de dernière remarque d’ordre général, il importe de ne pas oublier quelle était, dans les passages contestés, l’intention du juge MacIntosh. Une des questions clés de l’affaire était la contra-

ment and his testimony at trial was a key issue in the case, and the trial judge was entitled, in his review of the evidence, to give hints to the jury on how to assess such important issues; see *Morin* at p. 361. MacIntosh J. suggested that the jury focus on the two statements, and pointed out that as a matter of logic the two could not coexist. In my view his suggestion that one of the statements must be “rejected”, couched as it was with the proviso that all of the other evidence must be taken into account, in no way prejudiced the Crown.

I turn now to the first and third of the impugned passages in the charge to the jury. In speaking about the accused’s statement, the trial judge instructed the jurors in paragraph C that they must reject the accused’s statement if they had a reasonable doubt as to whether the statement was made. In paragraph E he returned to this point with respect to the content of the first statement, and again invited the jury to reject the statement if they had a reasonable doubt as to its veracity. Chipman J.A. found the latter statement to be objectionable, and also stated a concern about the passage in paragraph C.

Chipman J.A. noted that paragraph C was virtually the same as an instruction disapproved by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Minhas, supra*. The latter charge is reproduced in the Ontario Court of Appeal’s decision at p. 209:

However, it is for you to decide in each instance whether the statements alleged to have been made by the accused were in fact made to the police or to Vijay Gupta or to Nishi Gupta. If you have a reasonable doubt as to whether any particular statement relied upon by the Crown was made in whole or in part, then you must reject it entirely or reject those parts about which you have a reasonable doubt in the making. If you are satisfied that the statement was made, then it is for you to determine whether it amounted to an acknowledgement of guilt by the accused.

Commenting on this instruction, Martin J.A. said this, at p. 210:

diction entre la déclaration extrajudiciaire de l’accusé et son témoignage au procès, et le juge du procès était justifié, en passant en revue la preuve, de faire des suggestions quant à la façon d’apprécier une question d’une telle importance; voir l’arrêt *Morin*, à la p. 361. Le juge MacIntosh a invité le jury à s’attarder aux deux déclarations, soulignant qu’en toute logique les deux ne pouvaient coexister. À mon avis, le fait qu’il ait dit que l’une d’elles devait être «rejetée», tout en soulignant la nécessité de tenir compte de tous les autres éléments de preuve, n’a d’aucune façon porté préjudice au ministère public.

J’en viens maintenant au premier et au troisième passages attaqués de l’exposé au jury. Parlant de la déclaration de l’accusé, le juge du procès a dit aux jurés, au paragraphe C, qu’ils devaient la rejeter s’ils avaient un doute raisonnable quant à la question de savoir si elle avait été faite. Il est revenu sur ce point au paragraphe E pour ce qui est du contenu de la première déclaration, invitant à nouveau les membres du jury à rejeter la déclaration s’ils avaient un doute raisonnable quant à sa véracité. Le juge Chipman de la Section d’appel a estimé que ce dernier passage était contestable et il a également formulé des préoccupations quant au passage du paragraphe C.

Le juge Chipman a fait observer que le paragraphe C était pratiquement identique à la directive qu’a désapprouvée la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *R. c. Minhas*, précité, et qu’on retrouve à la p. 209:

[TRADUCTION] Toutefois, c’est à vous qu’il appartient de décider, dans chaque cas, si les déclarations alléguées de l’accusée ont réellement été faites à la police ou à Vijay Gupta ou à Nishi Gupta. Si vous avez un doute raisonnable quant à savoir si une déclaration particulière sur laquelle le ministère public s’appuie a été faite en tout ou en partie, vous devez alors la rejeter entièrement ou rejeter les parties à propos desquelles vous avez un doute raisonnable. Si vous êtes convaincus que la déclaration a été faite, il vous appartient alors de décider si elle équivaut à un aveu de culpabilité de la part de l’accusée.

Commentant cette directive, le juge Martin a dit, à la p. 210:

I observe that the instruction that the jury must be satisfied beyond a reasonable doubt that the statements alleged to have been made by the appellant were, in fact, made by her, and that they constituted an acknowledgement of guilt, was, in my view, more favourable to the appellant than the instruction to which she was by law entitled. The jury must on all the evidence be satisfied beyond a reasonable doubt of the accused's *guilt* in order to convict. If the jury at the end of the case entertains a reasonable doubt as to the accused's guilt they must acquit. The requirement of proof beyond a reasonable doubt does not, however, apply to each individual item of evidence that makes up the Crown's case. . . . [Emphasis in original.]

Minhas was decided before *Morin*, but Martin J.A.'s statement of the law is largely consistent with the approach taken by this Court in *Morin*, and I have no doubt that Martin J.A. was correct in pointing out that all of the evidence must be considered when determining the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. In *Minhas* it appears that there was no instruction accompanying the "rejection" charge to emphasize that the decision to reject evidence could only be taken in light of all the evidence. As such, Martin J.A. was correct to observe that the charge before him was in error. In the present case, however, the impugned paragraphs C and E must be read with paragraph D, in which MacIntosh J. gave the jury explicit directions on how to assess the conflicting statements of the accused in light of all the evidence: they should consider "corroborating independent evidence", the "circumstances leading up to" the making of the first statement, and the "condition of the accused". So as to further emphasize this point, the trial judge returns to it in paragraphs F and G, which are his last words on the subject of the accused's conflicting evidence. Here again we find another direction to consider the appellant's statement in light of the other evidence from the trial.

In my view it is acceptable for a trial judge to focus the jury's attention on the vital issues of its inquiry. Perhaps the jury should not be directed to compartmentalize their deliberations, but at the

[TRADUCTION] À mon avis, la directive voulant qu'il faut que le jury soit convaincu hors de tout doute raisonnable que les déclarations alléguées de l'appelante ont réellement été faites par elle, et qu'elles constituent un aveu de culpabilité, était plus favorable à l'appelante que la directive légalement permise. Le jury doit, d'après l'ensemble de la preuve, être convaincu hors de tout doute raisonnable de la *culpabilité* de l'accusée pour pouvoir la déclarer coupable. Si, à la fin, le jury entretient un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusée, il doit l'acquitter. L'exigence d'une preuve hors de tout doute raisonnable ne s'applique pas, cependant, à chaque élément individuel de la preuve à charge . . . [En italique dans l'original.]

L'arrêt *Minhas* a été rendu avant l'arrêt *Morin*, mais l'exposé du droit qu'y fait le juge Martin est largement compatible avec la manière dont notre Cour a abordé la question dans *Morin*. C'est à n'en pas douter à juste titre que le juge Martin a souligné la nécessité d'examiner l'ensemble de la preuve pour décider de la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Il appert que, dans *Minhas*, aucune directive ne venait parallèlement préciser que la décision de rejeter un élément de preuve ne pouvait être prise qu'à la lumière de l'ensemble de la preuve. À ce titre, le juge Martin a légitimement conclu que l'exposé en cause était erroné. En l'espèce, toutefois, les paragraphes C et E contestés doivent être lus en parallèle avec le paragraphe D dans lequel le juge MacIntosh donne au jury des directives explicites quant à la façon d'apprécier les déclarations contradictoires de l'accusé à la lumière de l'ensemble de la preuve: il devait en effet prendre en considération l'existence de «corroboration par un témoignage indépendant», les «circonstances ayant conduit» à la première déclaration, ainsi que «l'état dans lequel se trouvait l'accusé». De façon à bien insister sur ce point, le juge du procès y revient aux paragraphes F et G où il aborde pour la dernière fois la question du témoignage contradictoire de l'accusé. Là encore, une autre directive invite à examiner la déclaration de l'appellant à la lumière des autres éléments mis en preuve au procès.

À mon avis, il est acceptable pour le juge président un procès d'attirer l'attention du jury sur les questions fondamentales qu'il devra examiner. S'il n'est peut-être pas opportun de l'inviter à compar-

same time it is unrealistic to view a jury's decision as some epiphanic pronouncement of guilt or innocence; rather, the jurors engage in a deliberate process of evaluating the evidence presented to them. In this case, the jury deliberated for two days on evidence from a trial that lasted more than three weeks. To restrain jurors from rejecting evidence during this process is to impose an artificial constraint on their mandate. Having said this, a trial judge should proceed with the utmost caution in advising the jury that certain evidence may be "rejected". If the trial judge ventures into this realm, then the advice must be complete—he or she must go on to stress to the jury that this rejection must not be done in isolation—the evidence is not to be evaluated in a piecemeal fashion.

I do not view this discretion of a trial judge to instruct on "rejecting" evidence as some exception to, or modification of this Court's disapproval of a two-stage process of evaluating evidence. Rather, it is merely a reflection of the reality of jury deliberations—on important items of evidence the jury may require guidance on how to approach its task. As in this case, where a statement by an accused at trial is entirely at odds with a previous out-of-court statement by the accused, and the jury believes the statement at trial, or is left in reasonable doubt that it is true, then the jury must reject the out-of-court statement; the accused must be given the benefit of the doubt. In arriving at that conclusion, the jury should, of course, give consideration to the evidence as a whole.

At this juncture I would emphasize that the jury's "rejection" of evidence goes to the veracity of that evidence rather than its admissibility. The latter consideration is, of course, wholly within the province of the trial judge. On this point Freeman J.A. aptly commented in the court below (at p. 133):

timiter ses délibérations, il est par contre irréaliste de considérer la décision du jury comme une révélation soudaine quant à la culpabilité ou à l'innocence; c'est au contraire dans une démarche réfléchie d'évaluation de la preuve qui leur a été présentée que les jurés s'engagent. En l'espèce, le jury a délibéré pendant deux jours aux termes d'un procès qui a duré plus de trois semaines. Empêcher les jurés de rejeter des éléments de preuve au cours de ce processus équivaut à imposer à leur mandat une contrainte artificielle. Cela dit, le juge du procès devrait observer la plus grande prudence en avisant le jury de la possibilité de «rejeter» certains éléments de preuve. S'il s'aventure dans cette voie, il doit le faire de façon complète, c'est-à-dire qu'il doit souligner que la décision de rejeter un élément de preuve ne doit pas être prise isolément, que chaque élément de preuve ne doit pas être apprécié individuellement.

À mon avis, reconnaître au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de donner une directive sur le «rejet» d'une preuve ne constitue pas une exception ou une modification par rapport à la désapprobation que notre Cour a manifestée relativement au processus d'appréciation de la preuve en deux étapes. C'est simplement reconnaître comment se déroulent, en réalité, les délibérations d'un jury, savoir que sur des questions importantes de preuve, il peut avoir besoin de conseils sur la façon d'accomplir sa tâche. Comme en l'espèce, où la déclaration que l'accusé a faite au procès est aux antipodes d'une déclaration extrajudiciaire antérieure, si le jury croit la déclaration faite au procès, ou qu'il subsiste dans son esprit un doute raisonnable à son sujet, il doit alors rejeter la déclaration extrajudiciaire; l'accusé doit recevoir le bénéfice du doute. Pour arriver à cette conclusion, le jury doit, naturellement, prendre en considération la preuve dans son ensemble.

À ce stade, j'aimerais souligner que le «rejet» d'un élément de preuve par le jury porte sur la véracité de cette preuve, et non sur son admissibilité, question qui relève bien sûr entièrement de la compétence du juge président le procès. Sur ce point, le juge Freeman de la Section d'appel a apporté un commentaire pertinent, à la p. 133:

The concern with Mr. Justice MacIntosh's charge is his use of the word "reject" while speaking of reasonable doubt as to the statement. If the meaning of "reject" were equated with "exclude", this could be problematic. However the jury must have known they could not exclude any evidence because they were instructed that their verdict had to be on the whole of the evidence. The ordinary meaning of "reject" is to refuse to accept, and on the whole of the charge there is no reason to conclude the jury would have understood it in any other sense. In that light if the jury understood they were to refuse to accept the statement as proof of the events it described until they were satisfied of the guilt of the accused on the whole of the evidence including the statement, I can see no difficulty.

Thus the "rejection" of certain evidence during the jury's deliberations does not engage a two-stage process.

The contradictory statements of the accused were a key element of this trial, and the judge was entitled to give the jury some guidance on how to handle this discrepancy in the evidence. As a matter of logic, the two stories could not be reconciled, and the advice to reject one of them is one way to deal with the dilemma. When a judge ventures into this kind of instruction, a reviewing court will have two concerns: (1) the jury must know that their job is not to choose the most believable of the versions, but that the version most favourable to the accused is entitled to the benefit of the doubt; and (2) the two versions cannot be simply pitted against one another in isolation, rather all of the other evidence must also be considered.

The first of these concerns was considered in this Court's decision in *Nadeau v. The Queen*, *supra*. In that case, two contradictory versions of the events leading up to a murder were presented: one by the accused, the other by a Crown witness. The judge told the jury that they must choose between the two versions, and then said the following, which is reproduced at p. 572 of this Court's decision:

[TRANSLATION] I will simply say that in deciding how you make your choice, you must have one thing clearly

[TRADUCTION] La question que soulève l'exposé du juge MacIntosh a trait à l'utilisation qu'il fait du mot «rejeter» lorsqu'il parle d'un doute raisonnable quant à la déclaration. Si «rejeter» équivalait en l'occurrence à «exclure», cela pourrait susciter des problèmes. Toutefois, le jury devait savoir qu'il ne pouvait exclure d'éléments de preuve parce qu'on lui avait dit de rendre son verdict d'après l'ensemble de la preuve. Au sens ordinaire, «rejeter» signifie refuser d'accepter et, si l'on en juge par l'exposé dans son ensemble, rien ne permet de conclure que le jury aurait pu l'interpréter autrement. Dans cet esprit, si le jury a compris qu'il devait refuser d'accepter la déclaration comme preuve des événements qu'elle relate tant qu'il n'était pas convaincu de la culpabilité de l'accusé d'après l'ensemble de la preuve, y compris la déclaration, je ne vois aucune difficulté.

Ainsi, le «rejet» d'une preuve au cours des délibérations du jury n'enclenche pas un processus en deux étapes.

Les déclarations contradictoires de l'accusé étaient un élément clé du procès en l'espèce et le juge était autorisé à donner au jury certains conseils sur la façon d'aborder ces contradictions dans la preuve. Logiquement, les deux versions étaient inconciliables, et le conseil de rejeter l'une d'elles était une façon de trancher le dilemme. Lorsqu'un juge s'engage dans ce genre de directive, le tribunal d'examen aura une double préoccupation: (1) les jurés doivent savoir que leur travail ne consiste pas à choisir la version la plus crédible, mais à accorder le bénéfice du doute à la version la plus favorable à l'accusé; et (2) les deux versions ne peuvent être simplement confrontées l'une à l'autre, de façon isolée, elles doivent au contraire être appréciées à la lumière de l'ensemble des autres éléments de preuve.

La première préoccupation est illustrée dans l'arrêt de notre Cour *Nadeau c. La Reine*, précité. Dans cette affaire, on avait présenté deux versions contradictoires des événements ayant conduit à un meurtre: l'une par l'accusé, l'autre par un témoin à charge. Le juge a dit au jury qu'il devait choisir entre les deux versions, ajoutant ce qui suit, reproduit à la p. 572:

Je veux simplement vous dire que dans la recherche du choix que vous allez faire, vous devez avoir un objectif

in mind: you must choose the more persuasive, the clearer version

You must keep in mind that, as the accused has the benefit of the doubt on all the evidence, if you come to the conclusion that the two (2) versions are equally consistent with the evidence, are equally valid, you must give—you must accept the version more favourable to the accused. [Emphasis added by Lamer J.]

Lamer J. (as he then was), writing for the Court at pp. 572-73, assessed this instruction in the following terms:

With respect, this direction is in error. The accused benefits from any reasonable doubt at the outset, not merely if “the two (2) versions are equally consistent with the evidence, are equally valid”. Moreover the jury does not have to choose between two versions. It is not because they would not believe the accused that they would then have to agree with Landry’s version. The jurors cannot accept his version, or any part of it, unless they are satisfied beyond all reasonable doubt, having regard to all the evidence, that the events took place in this manner; otherwise, the accused is entitled, unless a fact has been established beyond a reasonable doubt, to the finding of fact the most favourable to him, provided of course that it is based on evidence in the record and not mere speculation.

Although disapproving the charge as framed in that case, Lamer J. in *Nadeau* endorses the idea that a jury should be charged to “reject” inculpatory evidence contrary to an accused’s statements if, having regard to all the evidence, the jury has a reasonable doubt about it. The jury instruction in the present case is an accurate reflection of the law as stated in *Nadeau*: an accused’s version of events is entitled to the benefit of the doubt as against a competing version, providing the comparison is made having due regard to all the evidence.

The dual concerns of a reviewing court were considered together by Sopinka J. in *Morin*, at pp. 361-62:

While the charge may and often does include many helpful tips on the weighing of evidence such as observing demeanour, taking into account the interest of the witness and so forth, the law lays down only one basic requirement: during the process of deliberation the jury

principal: c’est de choisir la version la plus probante, la plus claire . . .

Vous devez vous rappeler que l’accusé, ayant le bénéfice du doute sur l’ensemble de la preuve, s’il arrivait que vous en arriviez à la conclusion que les deux (2) versions sont également concordantes, sont également valables, vous devrez accorder—you devrez retenir la version qui est la plus favorable à l’accusé. [Soulignement ajouté par le juge Lamer.]

Au nom de la Cour, le juge Lamer, maintenant Juge en chef, a commenté cette directive dans les termes suivants, aux pp. 572 et 573:

Avec respect, cette directive est erronée. L’accusé bénéficie du doute raisonnable au départ, et non pas seulement si «les deux (2) versions sont également concordantes, sont également valables». Les jurés ne sont pas limités à choisir entre deux versions. Ce n’est pas parce qu’ils ne croiraient pas l’accusé qu’ils seraient pour autant limités à agréer la version de Landry. Les jurés ne peuvent retenir sa version, ou portion de celle-ci, que s’ils sont, en regard de toute la preuve, satisfaits hors de tout doute raisonnable que les événements se sont passés comme tels; à défaut de quoi, et à moins qu’un fait ne soit prouvé hors de tout doute raisonnable, l’accusé a droit à la détermination de fait qui lui est la plus favorable, en autant, bien sûr, qu’elle repose sur une preuve au dossier et n’est pas pure spéculation.

Bien que désapprouvant l’exposé formulé dans cette affaire, le juge Lamer appuie l’idée qu’un jury puisse être invité à «rejeter» une preuve inculpatoire contraire aux déclarations de l’accusé si, en regard de toute la preuve, le jury a un doute raisonnable à ce sujet. La directive donnée en l’espèce au jury est un reflét exact du droit tel qu’il est établi dans l’arrêt *Nadeau*: la version des événements de l’accusé a droit au bénéfice du doute à l’encontre d’une version contradictoire, à la condition que la comparaison soit dûment faite en regard de l’ensemble de la preuve.

La double préoccupation du tribunal d’examen a été évoquée en ces termes par le juge Sopinka dans l’arrêt *Morin*, aux pp. 361 et 362:

Bien que l’exposé puisse contenir et contienne souvent de nombreuses suggestions utiles pour apprécier la preuve, comme observer le comportement, tenir compte de l’intérêt du témoin et ainsi de suite, le droit n’impose qu’une seule exigence fondamentale: pendant les délibé-

or other trier of fact must consider the evidence as a whole and determine whether guilt is established by the prosecution beyond a reasonable doubt. . . .

The reason we have juries is so that lay persons and not lawyers decide the facts. To inject into the process artificial legal rules with respect to the natural human activity of deliberation and decision would tend to detract from the value of the jury system. Accordingly, it is wrong for a trial judge to lay down additional rules for the weighing of the evidence. Indeed, it is unwise to attempt to elaborate on the basic requirement referred to above. I would make two exceptions. The jury should be told that the facts are not to be examined separately and in isolation with reference to the criminal standard. . . .

The second exception is that it is appropriate where issues of credibility arise between the evidence for the prosecution and the defence that the jury be charged as suggested by Morden J.A. in *Challice*, [infra]. There is a danger in such a situation that a jury might conclude that it is simply a matter as to which side they believe. The suggested charge alerts them to the fact that, if the defence evidence leaves them in a state of doubt after considering it in the context of the whole of the evidence, then they are to acquit.

The charge Sopinka J. was referring to is found in the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546, at p. 557:

Understandably, a jury have to give careful consideration to issues of credibility when deliberating upon their verdict, and with respect to various pieces of evidence they may have differing views: total acceptance, total rejection, or something in between. An effective and desirable way of recognizing this necessary part of the process, and putting it to the jury in a way that accurately comports with their duty respecting the burden and standard of proof, is to instruct the jury that it is not necessary for them to believe the defence evidence on a vital issue—but that it is sufficient if it, viewed in the context of all the evidence, leaves them in a state of reasonable doubt as to the accused's guilt. . . .

It seems to me that MacIntosh J. instructed the jury in exactly the manner prescribed by *Challice*, and such a charge was appropriate in this case. This is made clear by Sopinka J.'s use of the *Challice*

rations, le jury ou un autre juge des faits doit examiner la preuve comme un tout et décider si la poursuite a établi la culpabilité hors de tout doute raisonnable. . . .

La raison d'être des jurys est qu'on a voulu que ce soit des profanes et non des avocats qui décident des faits. Introduire dans le processus des règles juridiques artificielles relativement à l'activité humaine naturelle de délibération et de décision tendrait à diminuer la valeur du système de jury. Par conséquent, c'est à tort qu'un juge du procès impose des règles supplémentaires pour l'appréciation de la preuve. De fait, il est imprudent de tenter d'entrer dans le détail de l'exigence fondamentale mentionnée précédemment. Je ferais deux exceptions. On devrait dire au jury que les faits ne doivent pas être examinés séparément et isolément en regard de la norme en matière criminelle. . . .

La seconde exception est que, lorsqu'il se pose des questions de crédibilité entre la preuve à charge et à décharge, il convient de donner au jury une directive comme celle proposée par le juge Morden dans l'arrêt *Challice*, [infra]. Dans une situation comme celle-là, il y a un danger que le jury puisse conclure qu'il s'agit simplement de savoir quelle partie il doit croire. La directive proposée lui signale que, si la preuve à décharge le laisse dans un état de doute une fois qu'il l'a examinée dans le contexte de l'ensemble de la preuve, il doit alors prononcer un acquittement.

La directive à laquelle le juge Sopinka faisait allusion se retrouve dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546, à la p. 557:

[TRADUCTION] Naturellement, le jury doit examiner attentivement les questions de crédibilité au cours de ses délibérations sur le verdict et les jurés peuvent avoir des opinions divergentes à l'égard de différents éléments de preuve: acceptation complète, rejet complet ou quelque chose entre les deux. Une façon efficace et souhaitable de reconnaître cette partie nécessaire du processus et de la présenter au jury d'une manière qui convient exactement à son devoir relativement au fardeau et à la norme de preuve, consiste à dire au jury qu'il n'est pas nécessaire qu'il croie la preuve à décharge sur une question fondamentale, mais qu'il suffit que, considérée dans le contexte de toute la preuve, elle le laisse dans un état de doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. . . .

Il me semble que le juge MacIntosh a procédé exactement de la même façon que dans l'arrêt *Challice*, et qu'une telle directive était appropriée en l'espèce. Cela ressort manifestement de l'utili-

charge in *Morin*. There, certain out-of-court statements made by the accused were tendered in evidence against him, and the accused presented a competing version of the meaning of his statements at trial (exactly the situation in the present case). It was with reference to this problem that Sopinka J. allowed, at p. 357, that a jury should be charged as in *Challice*—“where the credibility of defence evidence is at issue”. It was precisely this scenario that confronted the jury in the present case, and for the reasons stated by Sopinka J. in *Morin* the charge by MacIntosh J. was entirely appropriate.

Morin demonstrates that it is both acceptable and desirable for a trial judge to focus the jury’s attention on vital issues, and to direct their minds to the proper burden of proof on those discrete questions; see also *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, at pp. 700-701. In my view, this is exactly what the trial judge has done in the present case. As Freeman J.A. commented in the court below, at p. 134, “. . . the words of Mr. Justice MacIntosh referred to above, to say nothing of his instructions as a whole, would have left the jury in a state of mind no different than if he had charged them in the words of Mr. Justice Lamer in *Nadeau*.”

I turn now to the final passage of concern, which is found in the first part of paragraph E. The trial judge commented there that if the jury accepted the accused’s statement to the police, then “it will be considered by you with the other evidence that you decide to accept. You, of course, must reach your verdict on the whole of the evidence that you decide is worthy of belief.” This passage is arguably reminiscent of the impugned two-stage instruction in *Morin*, but in my view the statement here had a very different effect. Read in isolation, the passage may be viewed as an erroneous statement of the law: it suggests a determination of guilt should be based solely on certain pre-selected items of evidence. However, when the statement is read in context I do not think that it would have misdirected the jury. It should be

sation que fait le juge Sopinka de l’arrêt *Challice* dans l’arrêt *Morin*. Dans cette affaire, certaines déclarations extrajudiciaires de l’accusé ont été présentées en preuve contre lui, et celui-ci a présenté au procès une version contradictoire du sens de ses déclarations (comme c’est précisément le cas en l’espèce). C’est en faisant allusion à ce problème que le juge Sopinka a admis, à la p. 357, qu’un jury devrait recevoir une directive semblable à celle en cause dans l’affaire *Challice* «lorsque la crédibilité de la preuve à décharge est en cause». Or, c’est précisément la situation à laquelle le jury était confronté en l’espèce et, pour les motifs exposés par le juge Sopinka dans l’arrêt *Morin*, l’exposé du juge MacIntosh était tout à fait approprié.

L’arrêt *Morin* établit qu’il est acceptable, voire souhaitable que le juge du procès attire l’attention du jury sur des questions fondamentales, ainsi que sur le fardeau de la preuve s’appliquant dans chaque cas; voir aussi *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652, aux pp. 700 et 701. À mon avis, c’est exactement ce que le juge du procès a fait en l’espèce. Comme le juge Freeman de la Section d’appel l’a fait observer à la p. 134, [TRADUCTION] «. . . en tenant les propos précités, sans parler de l’ensemble de ses directives, le juge MacIntosh n’aurait pas laissé le jury dans un état d’esprit différent que s’il avait repris les mots utilisés par le juge Lamer dans l’arrêt *Nadeau*».

J’en viens maintenant au dernier passage contesté, soit la première partie du paragraphe E. Si, a dit le juge du procès aux jurés, vous acceptez la déclaration de l’accusé à la police, [TRADUCTION] «vous devrez l’examiner à la lumière des autres éléments de preuve que vous déciderez d’accepter. Vous devez, bien entendu, rendre votre verdict d’après l’ensemble des éléments de preuve que vous jugez dignes de foi». On pourrait soutenir que ce passage rappelle la directive relative aux deux étapes qui était en cause dans l’affaire *Morin* mais, à mon avis, l’énoncé en l’espèce a un effet très différent. Pris isolément, ce passage peut être considéré comme un énoncé erroné du droit: il donne à penser que la détermination de la culpabilité devrait être fondée uniquement sur certains éléments de preuve pré-sélectionnés. Dans son con-

recalled that the analogous instruction in *Morin* was made lockstep with the misdirection on taking a piecemeal approach to the evidence. By contrast, the statement here follows on the heels of the trial judge's direction in paragraph D to consider all of the evidence in making its determination. A juror who had just been instructed to corroborate the accused's statement with other evidence in the case could not have interpreted paragraph E as invoking a two-stage process—the two concepts are irreconcilable.

I can deal briefly with the remaining arguments advanced by counsel for the respondent. First, he submitted that MacIntosh J. neglected to explicitly instruct the jury against taking a piecemeal approach to the evidence, thereby compounding the effect of his misdirections. On this point I have already cited the remarks of Sopinka J. in *Morin*, at p. 362, to the effect that “[t]he jury should be told that the facts are not to be examined separately and in isolation with reference to the criminal standard”, but I do not regard this as an invariable formulation that must be invoked verbatim in every jury charge. Rather, it is sufficient if the charge conveys to the jury the message that they are to consider the evidence as a whole, and not in piecemeal fashion. Here, the instructions of MacIntosh J. made this point very clearly, and amount to the very direction suggested by Sopinka J.

The respondent also contended that the “compartmentalization” of the jury charge aggravated the putative error of the trial judge. That is, by setting up a separate segment of the charge headed “Statements of the accused”, the trial judge reinforced the impression that a piecemeal approach to this evidence should be taken. I cannot accept this argument, and I confess to seeing no way to effectively present a four-hour jury charge other than by compartmentalization. Indeed, I would have thought that proper structure and organization would only enhance the jury's understanding of the charge.

texte, toutefois, je ne crois pas que ce passage ait pu induire le jury en erreur. Il ne faut pas oublier que la directive analogue dans l'affaire *Morin* allait de pair avec la directive erronée qui invitait à faire de la preuve une analyse fragmentée. Dans la présente affaire en revanche, le passage fait suite à la directive, au paragraphe D, d'examiner l'ensemble de la preuve pour prendre une décision. Le juré à qui l'on vient de dire de vérifier s'il y a corroboration de la déclaration de l'accusé par d'autres éléments de preuve n'aurait pu interpréter le paragraphe E comme l'invitant à s'engager dans un processus en deux étapes—les deux notions sont inconciliables.

Je disposerai brièvement des autres arguments avancés par l'avocat de l'intimée. Il soutient d'abord que le juge MacIntosh a négligé de dire explicitement au jury de ne pas analyser isolément chaque élément de preuve, ce qui a aggravé l'effet de ses directives erronées. Sur ce point, j'ai déjà cité les remarques du juge Sopinka dans l'arrêt *Morin*, à la p. 362, suivant lesquelles «[o]n devrait dire au jury que les faits ne doivent pas être examinés séparément et isolément en regard de la norme en matière criminelle». Je n'y vois pas toutefois une formule invariable qu'il faudrait reprendre mot à mot dans tous les exposés au jury. Il suffit plutôt que les jurés comprennent qu'ils doivent examiner la preuve dans son ensemble, et non élément par élément. En l'espèce, les directives du juge MacIntosh ont fait ressortir ce point très clairement, et sont précisément dans le sens proposé par le juge Sopinka.

L'intimée soutient également que la «compartmentation» de l'exposé au jury a aggravé l'erreur présumée du juge du procès. C'est-à-dire qu'en consacrant une partie distincte de l'exposé aux «[d]éclarations de l'accusé», le juge du procès a renforcé l'impression que cet élément de preuve devait faire l'objet d'une analyse distincte. Je ne puis souscrire à cet argument. J'avoue que je ne vois pas comment il est possible de présenter à un jury un exposé de quatre heures sans le compartimenter. De fait, il me semble qu'un exposé bien structuré et bien organisé ne peut que favoriser la compréhension du jury.

Two other points were raised by the respondent in oral argument, both of which in my view were effectively rebutted by the appellant in reply. First, the respondent contended that even a slight misdirection regarding the accused's statements was fatal to the Crown, because it was the "whole case" for the prosecution. In reply, counsel for the appellant pointed to the array of circumstantial evidence implicating the accused as the killer, and to the accused's admission to William Cogger, which, if believed, tended to identify the accused as the murderer. Given this other evidence, it must surely be an overstatement to say that the Crown's "whole case" rested on the accused's statement to the police.

The respondent also submitted that MacIntosh J. erred in instructing the jury, in paragraph C, that it was for them to determine whether the statement to the police had even been made. The respondent contended that the *voir dire*, in which the statement was found to be voluntary and thus admissible, settled the issue of whether the statement had been made, and therefore this question should not have been left to the jury. To this the appellant responded by citing *R. v. Gauthier*, [1977] 1 S.C.R. 441, in which this Court found that it is for the jury, after a *voir dire*, to decide whether a confession had in fact been made. That seems to me to be a complete answer to the respondent's argument.

To summarize, none of the three impugned passages, taken in context, were misdirections. If I am wrong and one or more of these passages constitutes an error of law, then I believe that any such error was cured by the rest of the charge. As I have noted, the jury was instructed some fourteen times to consider the evidence as a whole. As well, MacIntosh J. explicitly directed the jury to evaluate the accused's statements in light of the other evidence before them. I cannot believe that the solitary instructions in question, placed as they are in a sea of contrary statements, would mislead a jury into a flawed process of considering evidence in a piecemeal fashion. As was stated in *R. v. Demeter*

Au cours de l'argumentation orale, l'intimée a soulevé deux autres points qu'à mon avis l'appellant a réussi à réfuter en réplique. L'intimée a d'abord fait valoir que toute erreur, si minime soit-elle, dans la directive concernant les déclarations de l'accusé était fatale pour le ministère public parce que c'était là «toute la preuve» à charge. L'avocat de l'appellant a répliqué qu'on avait présenté toute une série d'éléments de preuve circonstancielle établissant que le tueur était l'accusé, en plus de l'aveu de celui-ci à William Cogger, qui, s'ils étaient jugés dignes de foi, tendaient à faire de l'accusé le meurtrier. Compte tenu de ces autres éléments de preuve, il est certainement exagéré d'affirmer que «toute la preuve» du ministère public reposait sur la déclaration de l'accusé à la police.

L'intimée fait valoir également que le juge MacIntosh a commis une erreur en disant aux jurés, au paragraphe C, qu'il leur appartenait même de déterminer si la déclaration à la police avait bien été faite. Elle prétend que le voir-dire, au terme duquel la déclaration a été jugée volontaire et donc admissible, a réglé la question de savoir si la déclaration avait été faite et qu'en conséquence, cette question n'aurait pas dû être soumise au jury. Sur ce point, l'appellant a répondu en citant l'arrêt *R. c. Gauthier*, [1977] 1 R.C.S. 441, dans lequel notre Cour a conclu qu'il appartient au jury, après un voir-dire, de décider si une confession a réellement été faite. À mon avis, cela dispose de l'argument de l'intimée.

En résumé, aucun des trois passages attaqués, pris dans leur contexte, ne contient de directives erronées. À supposer que j'aie tort et qu'au moins l'un de ces passages constitue une erreur de droit, j'estime alors qu'une telle erreur a été corrigée par le reste de l'exposé. Comme je l'ai souligné, le jury a été invité à environ quatorze reprises à examiner la preuve dans son ensemble. Le juge MacIntosh a aussi explicitement dit au jury d'évaluer les déclarations de l'accusé à la lumière des autres éléments de preuve qui leur ont été présentés. Je ne puis croire que les directives isolées en cause, entourées comme elles l'étaient par une série d'énoncés contraires, auraient pu amener le

(1975), 25 C.C.C. (2d) 417, at p. 436, there will “probably never be a perfect charge or one that cloistered appellate counsel cannot find objectionable after minute scrutiny.” Simply put, the charge to the jury must be read as a whole, bearing in mind the heavy onus that rests with the Crown to establish that the jury’s verdict may have been affected by the impugned passage: *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277. In that light it is clear to me that MacIntosh J.’s charge, when viewed as a whole, was not misleading to the jury.

The Test for Review

The appellant’s third ground of appeal is that the court below erred in holding that the jury’s verdict “might have been different” had it been properly instructed. As I understand it, counsel for the appellant makes two distinct arguments on this ground. First, he submits that the Appeal Division wrongly applied a relaxed standard of review so as to effectively enable it to correct a verdict it viewed as unreasonable. Secondly, he contends that as a matter of logic the jury’s verdict would not have been different even if they had accepted the accused’s out-of-court statement to the police. Given my conclusions on the first ground of appeal, it is not strictly necessary for me to entertain the appellant’s submissions on these issues, but I will touch upon them because they were fully argued before us.

The test for reviewing a Crown appeal of an acquittal pursuant to s. 686(4) of the *Criminal Code* was established by this Court in *Vézeau v. The Queen*, *supra*. The majority there stated the test in this way, at p. 292:

In the present case, therefore, it was the duty of the Crown, in order to obtain a new trial, to satisfy the

jury à s’engager dans le processus vicié d’examen de la preuve élément par élément. Comme on l’a dit dans l’arrêt *R. c. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417, à la p. 436, il n’existera [TRADUCTION] «probablement jamais d’exposé parfait ou irréprochable aux yeux d’un avocat se livrant à un travail monacal d’exégèse». En termes simples, l’exposé au jury doit être considéré dans son ensemble, en tenant compte de la lourde charge qui incombe au ministère public de prouver que le verdict du jury a pu être influencé par le passage attaqué: *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277. Dans ce contexte, il m’apparaît clairement que l’exposé du juge MacIntosh, considéré dans son ensemble, n’a pas induit le jury en erreur.

Le critère d’examen

Comme troisième moyen, l’appelant soutient que la juridiction inférieure a commis une erreur en concluant que le verdict du jury [TRADUCTION] «aurait pu être différent» si celui-ci avait reçu des directives appropriées. Si je ne m’abuse, l’avocat de l’appelant fait ici valoir deux arguments distincts. En premier lieu, il prétend que la Section d’appel a appliqué, à tort, une norme d’examen assouplie de façon à pouvoir corriger un verdict qui lui paraissait déraisonnable. En second lieu, il soutient que, logiquement, les jurés n’auraient pas rendu un verdict différent même s’ils avaient accepté la déclaration extrajudiciaire de l’accusé à la police. Étant donné mes conclusions sur le premier moyen d’appel, il n’est pas strictement nécessaire d’examiner les arguments de l’appelant sur ces questions, mais je vais les passer en revue parce qu’ils ont été pleinement débattus devant nous.

Le critère en regard duquel doit être examiné le pourvoi interjeté, aux termes du par. 686(4) du *Code criminel*, par le ministère public à l’encontre d’un acquittement a été établi par notre Cour dans l’arrêt *Vézeau c. La Reine*, précité. Les juges formant la majorité ont formulé ainsi le critère, à la p. 292:

Dans la présente affaire, par conséquent, il incombait au ministère public, pour obtenir un nouveau procès, de

Court that the verdict would not necessarily have been the same if the trial judge had properly directed the jury.

In dissent, Dickson J. appears to have stated the test more strictly, at p. 282:

... for a new trial to be ordered the Crown must satisfy the Court with a substantial degree of certainty that the jury would necessarily have convicted the accused in the absence of the offending words.

It is unclear from the judgments in *Vézeau* whether anything turned on these different formulations, and I would not wish to make too much of the point. However, Dickson J.'s formulation would obviously present a more difficult task for the Crown—it would have to show that the jury's verdict would have been different, rather than establishing only that it may not have been the same, which is the majority's formula. In any event, the majority's view remains the law today, as was made clear by Sopinka J. in *Morin*, at p. 374:

The onus resting on the Crown when it appeals an acquittal was settled in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277. It is the duty of the Crown to satisfy the court that the verdict would not necessarily have been the same if the jury had been properly instructed.

I am prepared to accept that the onus is a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty. An accused who has been acquitted once should not be sent back to be tried again unless it appears that the error at the first trial was such that there is a reasonable degree of certainty that the outcome may well have been affected by it. Any more stringent test would require an appellate court to predict with certainty what happened in the jury room. That it cannot do.

The more stringent test stated by Dickson J. has not been revived with the passage of time.

The appellant, in oral submissions, took exception to the following passage from Chipman J.A., at p. 110, following his conclusion that a misdirection had occurred:

Moreover, this error was of sufficient gravity that it cannot be said that had it not been made the result

convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le juge du procès avait correctement donné ses directives au jury.

^a Le juge Dickson, dissident, paraît avoir formulé le critère en des termes plus stricts, aux pp. 282 et 283:

... pour qu'un nouveau procès soit ordonné, le ministère public doit convaincre la cour que le jury aurait très probablement déclaré l'accusé coupable si les mots attaqués n'avaient pas été prononcés.

Il n'est pas clair, d'après l'arrêt *Vézeau*, que ces distinctions soient importantes, et je ne voudrais pas trop insister sur ce point. Il est manifeste, toutefois, que la formulation utilisée par le juge Dickson rendrait la tâche du ministère public plus difficile—il aurait à démontrer que le verdict du jury aurait été différent, au lieu de simplement établir qu'il aurait pu ne pas être le même, suivant l'expression des juges formant la majorité. Quoi qu'il en soit, c'est l'opinion majoritaire qui représente aujourd'hui le droit, comme le juge Sopinka l'a dit clairement dans l'arrêt *Morin*, à la p. 374:

^e L'étendue de la charge qui incombe à la poursuite quand elle en appelle d'un acquittement a été établie dans l'arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277. La poursuite a l'obligation de convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées.

^f Je reconnais volontiers que cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude. Un accusé qui a déjà été acquitté une fois ne devrait pas être renvoyé à un nouveau procès s'il n'est pas évident que l'erreur qui entache le premier procès était telle qu'il y a un degré raisonnable de certitude qu'elle a bien pu influencer sur le résultat. Tout critère plus strict exigerait qu'une cour d'appel prédise avec certitude ce qui s'est passé dans la salle de délibérations, ce qu'elle ne peut faire.

^h Le temps n'a pas consacré le critère plus strict formulé par le juge Dickson.

ⁱ Dans son argumentation orale, l'appelant a contesté le passage où le juge Chipman, après avoir conclu que la directive était erronée, ajoute à la p. 110:

^j [TRADUCTION] De plus, cette erreur était suffisamment grave pour qu'on ne puisse dire que si elle n'avait pas

would necessarily have been the same. Sopinka, J., said in *Morin*, supra, the charge with respect to the burden of proof lays down for the jury one of the most fundamental rules of the game. The confession was undoubtedly a crucial part of the Crown's case. Without it, the jury could easily have formed a reasonable doubt. With it, it is difficult to see how a reasonable doubt as to some degree of guilt at least could be entertained. It can therefore be said with a reasonable degree of certainty that the outcome may have been affected by the misdirection relating to the confession. The appeal should be allowed and a new trial ordered. [Emphasis added.]

The appellant argues that these statements relax the burden placed on the Crown. Counsel paraphrases the underlined passages as requiring only that the Crown show that the verdict "might have been different," suggesting that this is itself an improper standard. I do not agree. A test of "might have been different" seems to me to simply be the converse of "would not necessarily have been the same," and stating the proposition in this way does not, of course, mean that the onus somehow shifts away from the Crown. I would note that the first of Chipman J.A.'s impugned statements is a virtual duplicate of an alternative expression of the majority's formulation in *Vézéau*, supra, at p. 291. These statements are simply different ways of saying the same thing. As such, I must reject the appellant's submission that the court below in some way misstated the standard of appellate review.

The appellant's second argument is that the jurors had enough evidence before them to acquit the accused even absent a reasonable doubt about the accused's out-of-court statement. In other words, even if the appellant's confession was believed, other evidence at the trial was sufficient to raise a reasonable doubt in the minds of the jurors. In particular, the appellant cites the flaws in the circumstantial case presented by the Crown at trial. The appellant argues that the jury must have acquitted the accused because of a reasonable doubt as to the identification of the murderer, and that this doubt could have been raised solely by the

existé, le résultat aurait nécessairement été le même. Comme l'a dit le juge Sopinka dans l'arrêt *Morin*, précité, l'exposé sur la charge de la preuve présente au jury une des règles du jeu les plus fondamentales. La confession constituait sans nul doute une pièce décisive de la preuve du ministère public. Sans elle, un doute raisonnable pouvait facilement se former dans l'esprit des jurés. Mais devant cette confession, on voit mal comment il serait possible d'avoir un doute raisonnable, du moins quant à une certaine culpabilité. On peut donc affirmer, avec un degré raisonnable de certitude, que le résultat a pu être modifié par la directive erronée relative à la confession. Il y a lieu d'accueillir l'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. [Je souligne.]

L'appellant soutient que ces énoncés traduisent un allègement de la charge incombant au ministère public. Paraphrasant le passage souligné, l'avocat y voit seulement l'exigence que la poursuite établisse que le verdict «aurait pu être différent», laissant ainsi entendre qu'il s'agit là, en soi, d'une norme insuffisante. Je ne suis pas d'accord. Dire que le verdict «aurait pu être différent» me semble simplement être l'inverse de dire qu'il «n'aurait pas nécessairement été le même», et formuler la norme de cette façon ne signifie évidemment pas un allègement quelconque du fardeau incombant à la poursuite. Soulignons que le premier des énoncés contestés du juge Chipman est pratiquement la réplique de la formulation subsidiaire utilisée par la majorité dans l'arrêt *Vézéau*, précité, à la p. 291. Il s'agit tout simplement de façons différentes de dire la même chose. À ce titre, je dois rejeter la prétention de l'appellant selon laquelle la juridiction inférieure a mal formulé la norme d'examen en appel.

La seconde prétention de l'appellant est que les jurés disposaient d'éléments de preuve suffisants pour acquitter l'accusé même en l'absence d'un doute raisonnable quant à sa déclaration extrajudiciaire. En d'autres termes, même si l'on ajoutait foi à la confession de l'appellant, d'autres éléments de preuve présentés au procès suffisaient à soulever un doute raisonnable dans l'esprit des jurés. L'appellant cite en particulier les lacunes de la preuve circonstancielle présentée par la poursuite. Il allègue que le jury aurait dû l'acquitter en raison d'un doute raisonnable quant à l'identification du meurtrier, et que ce doute aurait pu naître unique-

weaknesses in the circumstantial evidence implicating the accused in the murders. Again, I must disagree.

Counsel's argument betrays a certain overconfidence in the strength of his case at trial. Essentially, the defence argued that gunshots heard before and after the time that the accused was with William Cogger raised a sort of alibi for the accused. This defence is premised on the following assumptions: that the shots heard by Daniel Girrior emanated from the killer's gun, that the time of those shots was accurately noted and recollected, and that William Cogger accurately recalled the precise time he spoke with the accused during this sequence of events. In my view these are substantial assumptions, and I do not share the appellant's confidence that the jury's reasonable doubt was likely derived solely from this defence theory. It seems more probable that the acquittal was based on a combination of doubts with respect to both the accused's out-of-court statement and the Crown's circumstantial evidence. If the jury was misled by the judge's instructions, then it is entirely possible that the jury's verdict would have been different. As such, the reasoning of the majority in the court below cannot be impugned in this respect.

The appellant (along with the Crown and the courts below) speculates as to what the jury actually did in response to the impugned instructions from the trial judge. The jury deliberated for two days, but very early in their deliberations they asked to re-hear the evidence of Daniel Girrior, William Cogger and Lorraine Boucher. Of course, it is impossible to know why the jury called for this evidence. However, their actions are at least consistent with the theory that the jurors were doing exactly what the trial judge instructed them to do—they were attempting to test the veracity of the confession with independent evidence. The common link between the three witnesses whose testimony was replayed is that their evidence is the basis for the defence theory that the accused could not have fired all the shots. Cogger's testimony

ment de la faiblesse de la preuve circonstancielle reliant l'accusé aux meurtres. Encore là, je suis en désaccord.

^a La prétention de l'avocat trahit un certain excès de confiance dans la solidité de la preuve qu'il a présentée au procès. Pour l'essentiel, la défense a fait valoir que les coups de feu entendus avant et après le moment où l'accusé était avec William Cogger constituaient en quelque sorte un alibi pour l'accusé. Ce moyen se fonde sur les présomptions suivantes, savoir que les coups entendus par Daniel Girrior émanaient de l'arme du meurtrier, que celui-ci a bien remarqué et s'est rappelé avec exactitude le moment où ces coups ont été tirés, et que William Cogger se souvenait du moment exact où il a parlé avec l'accusé pendant le déroulement de ces événements. À mon avis, il s'agit de présomptions importantes, et je n'ai pas, comme l'appelant, la certitude que le doute raisonnable du jury découlait vraisemblablement de cette seule thèse de la défense. Il semble plus probable que l'acquiescement était fondé sur une combinaison de doutes à l'égard tant de la déclaration extrajudiciaire de l'accusé que de la preuve circonstancielle de la poursuite. Si le jury a été induit en erreur par les directives du juge, il est donc tout à fait possible que son verdict ait pu être différent. Le raisonnement des juges formant la majorité à l'instance inférieure ne peut être attaqué sous cet aspect.

^g À l'instar de la poursuite et des juridictions inférieures, l'appelant fait des conjectures sur ce qu'a été la réaction réelle du jury aux directives attaquées du juge du procès. Le jury a délibéré pendant deux jours, mais dès le début de ses délibérations, il a demandé à réentendre les témoignages de Daniel Girrior, William Cogger et Lorraine Boucher. Naturellement, il est impossible de savoir pourquoi le jury a demandé ces témoignages. Cependant, les agissements des jurés sont à tout le moins compatibles avec l'hypothèse voulant qu'ils aient fait exactement ce que le juge du procès leur avait dit de faire—s'efforcer de vérifier la véracité de la confession à l'aide de témoignages indépendants. Le point commun entre les trois témoins dont on a fait rejouer la déposition est que leurs témoignages sont à la base même de la thèse de la

places the appellant back at his home between the groups of shots heard by Girrior, and Boucher testified that she heard a gunshot between 3:30 and 4:00 a.m. This evidence would have enabled the jurors to corroborate details of the appellant's confession—the number of shots he fired—with the evidence of the witnesses. The jury might also have been interested in the appellant's admission to Cogger that he had killed the men.

The Crown's theory of why the jurors asked to re-hear this evidence is that they began by considering the confession in isolation, gave the accused the benefit of the doubt, and accepted his explanations at trial, all within the first two hours of their deliberations. At this point, they would turn to the other evidence, and would be particularly concerned with the theory of the defence. In the absence of the confession (which they had already rejected) the defence theory would seem plausible, resulting in the acquittal.

As is apparent, almost anything can be read into the chronology of the jury's deliberations. These theories resolve very little, and do not assist in the task of determining whether the verdict would necessarily have been the same if the alleged misdirection had not occurred. For the reasons stated above, had the judge's instructions misled the jury (which, in my view, they did not) the resolution of this third ground would be that the verdict would not necessarily have been the same, and I would agree with the majority of the court below on this aspect of its reasons.

Disposition

In the result, because the jury charge was substantially error-free and did not mislead the jurors, I would allow the appeal and restore the acquittal.

défense voulant que l'accusé n'ait pas pu tirer tous les coups. Selon Cogger, l'appelant était chez lui entre les séries de coups entendus par Girrior, et M^{me} Boucher a affirmé avoir entendu un coup de feu entre 3 h 30 et 4 h. Les jurés ont pu ainsi comparer certains détails de la confession de l'appelant—le nombre de coups qu'il a tirés—avec les dépositions des témoins. Peut-être aussi s'intéressaient-ils à l'aveu que l'appelant a fait à Cogger d'avoir tué les hommes.

Selon la thèse de la poursuite, si les jurés ont demandé à réentendre ces témoignages c'est qu'ils ont commencé par examiner la confession isolément, qu'ils ont donné à l'accusé le bénéfice du doute puis accepté les explications qu'il a fournies au procès, le tout dans les deux premières heures de leurs délibérations. C'est alors qu'ils en seraient venus aux autres éléments de preuve, portant en particulier leur attention sur la thèse de la défense. Sans la confession (qu'ils avaient déjà rejetée), la thèse de la défense semblait plausible, d'où l'acquittal.

On le voit, la chronologie des délibérations du jury se prête à bien des interprétations. Ces thèses n'apportent rien, et n'aident pas à décider si le verdict aurait nécessairement été le même si la directive que l'on prétend erronée n'avait pas été donnée. Pour les motifs susmentionnés, si les directives du juge avaient induit le jury en erreur (ce qui n'a pas été le cas à mon avis), force serait de conclure sur ce troisième moyen que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même et, sur ce point, je souscris à l'opinion de la juridiction inférieure.

Dispositif

En définitive, étant donné que, pour l'essentiel, l'exposé au jury ne contenait aucune erreur en substance et qu'il n'a pas induit les jurés en erreur, il y a lieu d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittal.

Appeal allowed.

*Solicitors for the appellant: Stewart McKelvey
Stirling Scales, Halifax.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney Gen-
eral of Nova Scotia, Halifax.*

Pourvoi accueilli.

*Procureurs de l'appelant: Stewart McKelvey
Stirling Scales, Halifax.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de
la Nouvelle-Écosse, Halifax.*

**Simcoe and Erie General Insurance
Company Appellant**

v.

**Reid Crowther & Partners
Limited Respondent**

INDEXED AS: REID CROWTHER & PARTNERS LTD. v.
SIMCOE & ERIE GENERAL INSURANCE CO.

File No.: 22372.

1992: October 13; 1993: January 21.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and
McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

*Insurance — Liability — Policy a hybrid of “claims-
made” and “occurrence” policies — Subsequent claim
arising out of same negligent act — Whether successive
claims for damages arising out of the same negligent act
constituting separate claims — If so, whether the second
claim in this case was made during the currency of the
policy.*

Appellant insured respondent engineering firm for
third party liability with a policy that was “claims-
made” in that the insurer’s obligation to indemnify
arose only where a claim was first made against the
insured during the policy period. The policy had attrib-
utes of an “occurrence” policy, however, in that it dis-
claimed liability from acts predating the policy.

Respondent designed and supervised the construction
of a municipal sewage and water system in 1974 and
1975. The installation, however, was defective and
respondent admitted to improperly supervising the pro-
ject. Appellant indemnified respondent in January 1981
and was given a narrow release confined to the remedial
work performed. Expansion work on the system in Sep-
tember 1981 revealed further problems and the compla-
ints made were treated by respondent as a demand
for compensation. Respondent proceeded to perform
further remedial work at its own expense. Appellant
refused to indemnify respondent because the claim did

**Simcoe and Erie General Insurance
Company Appelante**

c.

Reid Crowther & Partners Limited Intimée

b RÉPERTORIÉ: REID CROWTHER & PARTNERS LTD. c.
SIMCOE & ERIE GENERAL INSURANCE CO.

N° du greffe: 22372.

1992: 13 octobre; 1993: 21 janvier.

c Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory
et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

d *Assurance — Responsabilité — Police tenant à la fois
d'une police «sur la base des réclamations» et d'une
police «sur la base des événements» — Réclamation
subséquente découlant du même acte négligent — Des
réclamations successives en dommages-intérêts décou-
lant du même acte négligent constituent-elles des récla-
mations distinctes? — Dans l'affirmative, la seconde
réclamation présentée en l'espèce a-t-elle été faite pen-
dant la durée de validité de la police?*

f L'appelante a assuré la firme d'ingénierie intimée à
l'égard de la responsabilité envers les tiers. Il s'agissait
d'une police d'assurance «sur la base des réclamations»,
en ce sens que l'assureur était tenu d'indemniser l'inti-
mée seulement lorsqu'une réclamation était présentée
g pour la première fois contre l'assurée pendant la période
d'assurance. La police comportait cependant des carac-
téristiques d'une police «sur la base des événements»,
en ce qu'elle ne couvrait pas les actes antérieurs à la
police.

h L'intimée s'est occupée de la conception d'un réseau
municipal d'égout et de distribution d'eau et en a super-
visé la construction en 1974 et 1975. Toutefois, l'instal-
lation était défectueuse et l'intimée a reconnu avoir mal
supervisé le projet. L'appelante a indemnisé l'intimée
i en janvier 1981 et a reçu une quittance limitée aux tra-
vaux de réparation exécutés. Dans le cadre de travaux
d'expansion du réseau en septembre 1981, d'autres
dommages ont été découverts et les plaintes présentées
j ont été considérées par l'intimée comme une demande
d'indemnisation. L'intimée a fait effectuer d'autres tra-
vaux de réparation à ses frais. L'appelante a refusé d'in-

not relate to a claim made prior to the expiry of the policy. The judgment at trial dismissing respondent's action was reversed on appeal. The issues here are: (1) whether successive claims for damages arising out of the same negligent act constitute separate claims; and (2) if so, whether the second claim in this case was made during the currency of the policy.

Held: The appeal should be dismissed.

"Claims-made" and "occurrence" are not legal labels which dictate a certain legal result once a policy is characterized as one or the other. Regardless of what a policy is called, the issue is always what the particular policy dictates. The policy at issue here was a hybrid policy in that it was a "claims-made" policy on its face, and yet disclaimed liability for any claim arising from acts predating the policy where the insured knew of the prior error or negligent act at the date the policy came into effect.

The courts must interpret the provisions of the policy at issue in light of the general principles of interpretation of insurance policies, including, but not limited to: (1) the *contra proferentum* rule; (2) the broad construction of coverage provisions and the narrow construction of exclusion clauses; and, (3) the desirability, at least where the policy is ambiguous, of giving effect to the reasonable expectations of the parties.

The ambiguities in the policy at issue, interpreted in accordance with the *contra proferentum* rule, militate in favour of adopting an interpretation that favours the insured rather than the insurer which drafted the policy. The same result is suggested by the rule that coverage provisions should be construed broadly.

The insured's reasonable expectation must be presumed to be, at a minimum, that the insurance plan would cover legitimate claims on an ongoing basis whether through renewal with the same insurer or through securing new insurance with a different insurer. This presumption is consistent with the discovery principle in that the insurer is able to secure a means of certainty in calculating its risk without unfairly creating gaps in coverage. To hold, however, that damages claimed after expiry of the policy are not part of the claim would be to endorse a situation where an insured

demniser l'intimée de cette somme au motif qu'elle ne se rapportait pas à une réclamation présentée avant la date d'expiration de la police. La décision de première instance rejetant l'action de l'intimée a été infirmée en appel. Le présent pourvoi soulève deux questions: (1) Des réclamations successives en dommages-intérêts découlant du même acte négligent constituent-elles des réclamations distinctes? (2) Dans l'affirmative, la seconde réclamation présentée en l'espèce a-t-elle été faite pendant la durée de validité de la police?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les expressions «sur la base des réclamations» et «sur la base des événements» ne sont pas des qualifications juridiques qui entraîneront un résultat juridique donné selon la qualification retenue. Il s'agit toujours de déterminer ce que prévoit la police en question, quelle que soit la qualification qu'on lui donne. La police en cause est une police hybride, en ce sens qu'à première vue elle est une police «sur la base des réclamations», et que pourtant l'assureur ne se portait pas garant des réclamations découlant d'actes antérieurs à la police dans le cas où l'assuré était au courant de l'erreur, de l'omission ou l'acte négligent à la date de prise d'effet de la police.

Les tribunaux doivent interpréter les dispositions de la police contestée en fonction des principes généraux d'interprétation des polices d'assurance, y compris notamment: (1) la règle *contra proferentum*, (2) l'interprétation large des dispositions concernant la garantie et l'interprétation restrictive des clauses d'exclusion, et (3) le fait qu'il est souhaitable, tout au moins dans les cas où la police est ambiguë, de donner effet aux attentes raisonnables des parties.

Les ambiguïtés dans la police en cause, interprétées conformément à la règle *contra proferentum*, militent en faveur d'une interprétation qui favoriserait l'assuré plutôt que l'assureur qui a rédigé la police. On arrive au même résultat en appliquant la règle que les dispositions en matière de garantie doivent recevoir une interprétation large.

On doit présumer que l'assuré s'attend raisonnablement, à tout le moins, que le régime d'assurance lui fournira, sur une base continue, une garantie au titre de réclamations légitimes, que ce soit par le renouvellement d'une police avec le même assureur ou la conclusion d'un nouveau contrat d'assurance avec un assureur différent. Cette présomption est compatible avec le principe de la découverte en ce que l'assureur bénéficie d'une certaine certitude dans le calcul de ses risques, sans créer injustement de trous de garantie. Cependant, soutenir qu'une indemnité réclamée après l'expiration

could in some circumstances find it impossible to obtain indemnity for a loss.

The damages discovered in 1981 formed part of the original claim made during the policy period. Even if the damages were a separate claim, the claim would have been made within the policy period.

Generally, for a "claim" to be made there must be some form of communication of a demand for compensation or other form of reparation by a third party upon the insured, or at least communication by the third party to the insured of a clear intention to hold the insured responsible for the damages in question. This policy was far from clear on the meaning of "claim". It suggested that the allegation of negligence may constitute a claim, and it did not distinguish between a formal demand and a less formal expression of intention to sue which the reasonable person would interpret as a claim. It was therefore open on the authorities to find that a claim has been made in the absence of a formal demand.

The policy contained no express requirement of a formal demand, or indeed any demand at all, and what constituted a claim "made" was therefore a question to be resolved on the facts. Some authorities require the reasonable expectations of the parties be considered in determining whether a claim is being made. A reasonable person would have inferred that a further claim was being made when shown the further damage that had been discovered and when the comment was made that the work was typical of the job done by the general contractor on the project and approved by respondent. The substance of the claim was made before the policy expired. Appellant might have drafted the policy so as to require a formal written demand for coverage to be triggered. Having chosen not to do so, it must accept that the facts and circumstances may establish a demand and/or assertion of liability sufficient to constitute a "claim" within the wording of the policy.

Cases Cited

Considered: *Hoyt v. St. Paul Fire and Marine Insurance Co.*, 607 F.2d 864 (1979); *St. Paul Fire and Marine Insurance Co. v. Guardian Insurance Co. of Canada* (1983), 2 C.C.L.I. 275; *Stevenson v. Simcoe &*

de la police ne fait pas partie de la réclamation équivalait à affirmer qu'un assuré ne pourrait pas, dans certaines circonstances, être indemnisé d'une perte.

Les dommages découverts en 1981 faisaient partie de la réclamation initiale présentée pendant la période d'assurance. Même si les dommages constituaient une réclamation distincte, la réclamation aurait été présentée pendant la période d'assurance.

En règle générale, pour qu'une «réclamation» soit présentée, le tiers doit d'une façon quelconque communiquer à l'assuré l'existence d'une demande d'indemnisation ou d'un autre type de réparation ou encore, il doit tout au moins lui communiquer qu'il a clairement l'intention de tenir l'assuré responsable des dommages en question. La police était loin d'être claire sur le sens du terme «réclamation». Elle laisse supposer que l'allégation de négligence peut constituer une réclamation et elle n'établit pas de distinction entre une demande officielle et une expression moins officielle d'une intention d'intenter une poursuite que la personne raisonnable interpréterait comme une réclamation. En conséquence, la jurisprudence permet de conclure qu'il peut y avoir réclamation en l'absence d'une demande officielle.

La police ne renferme aucune exigence explicite quant à une demande officielle ou à toute autre demande, et la question de savoir s'il y a eu «présentation» d'une réclamation devait être tranchée en fonction des faits de l'affaire. Certains arrêts appuient la nécessité de tenir compte des attentes raisonnables des parties lorsque l'on détermine s'il y a eu présentation d'une réclamation. Une personne raisonnable aurait sûrement déduit que l'on présentait une nouvelle réclamation si on lui avait montré les autres dommages qui avaient été découverts et dit qu'ils étaient représentatifs du travail effectué par l'entrepreneur général dans le cadre du projet et approuvé par l'intimée. La substance de la réclamation a été présentée avant l'expiration de la police. L'appelante aurait pu rédiger la police de façon à exiger une demande écrite officielle pour déclencher l'application de la garantie. Comme elle ne l'a pas fait, elle doit accepter que les faits et circonstances peuvent servir à établir une demande ou une déclaration de responsabilité qui permettront de constituer une «réclamation» au sens de la police.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Hoyt c. St. Paul Fire and Marine Insurance Co.*, 607 F.2d 864 (1979); *St. Paul Fire and Marine Insurance Co. c. Guardian Insurance Co. of Canada* (1983), 2 C.C.L.I. 275; *Stevenson c. Simcoe &*

Erie General Insurance Co., [1981] I.L.R. ¶1-1434; *Defrancesco v. Stivala*, [1989] I.L.R. ¶1-2524, rev'd [1992] I.L.R. ¶1-2896; referred to: *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87; *Wigle v. Allstate Insurance Co. of Canada* (1984), 49 O.R. (2d) 101, leave to appeal refused [1985] 1 S.C.R. v; *Continental Casualty Co. v. Enco Associates, Inc.*, 238 N.W. 2d 198 (1976); *Williamson & Vollmer Engineering, Inc. v. Sequoia Insurance Co.*, 134 Cal.Rptr. 427 (1976); *San Pedro Properties, Inc. v. Sayre & Toso, Inc.*, 21 Cal.Rptr. 844 (1962); *Phoenix Insurance Co. v. Sukut Construction Co.*, 186 Cal.Rptr. 513 (1982); *Mt. Hawley Insurance Co. v. Federal Savings & Loan Insurance Corp.*, 695 F.Supp. 469 (1982); *Jensen v. Snellings*, 841 F.2d 600 (1988); *Safeco Title Insurance Co. v. Gannon*, 774 P.2d 30 (1989), petition for review denied 782 P.2d 1069 (1989); *Peacock v. Roberts* (1985), 15 C.C.L.I. 36, aff'd (1990), 42 C.C.L.I. 196; *McNish & McNish v. American Home Assurance Co.* (1989), 39 C.C.L.I. 200, aff'd (1991), 5 C.C.L.I. (2d) 222; *J. G. Link & Co. v. Continental Casualty Co.*, 470 F.2d 1133 (1972), cert. denied 414 U.S. 829 (1973); *Continental Casualty Co. v. Robert McLellan & Co.*, [1973] 5 W.W.R. 475.

Authors Cited

Brown, Craig, and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
 Davis, Thomas R. M. "The New IBC Standard Form Commercial General (Claims-Made) Liability Policy" (1987), 5 *Can. J. Ins. L.* 77.
 Dumont, Jeanine. "What Every Professional Should Know Before Buying Claims-Made Liability Insurance" (1985), 35 *Fed. Ins. Couns. Q.* 363.
 Hilliker, Gordon. *Liability Insurance Law in Canada*. Toronto: Butterworths, 1991.
 Long, Rowland H. *The Law of Liability Insurance*, vol. 2. New York: Matthew Bender, 1992.
 Parker, John K. "The Untimely Demise of the 'Claims Made' Insurance Form? A Critique of *Stine v. Continental Casualty Company*", [1983] *Det. C.L. Rev.* 25.
 Pierce, Lee Roy, Jr. "Professional Liability Insurance: The Claims Made and Reported Trap" (1991), 19 *W. St. U. L. Rev.* 165.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1991), 70 Man. R. (2d) 36, 77 D.L.R. (4th) 243, 47 C.C.L.I. 309, [1992] I.L.R. ¶1-2703, with supplementary reasons (1991), 73 Man. R. (2d) 128, allowing an appeal from a judgment of De Graves J. (1990), 66 Man. R. (2d)

Erie General Insurance Co., [1981] I.L.R. ¶1-1434; *Defrancesco c. Stivala*, [1989] I.L.R. ¶1-2524, inf. par [1992] I.L.R. ¶1-2896; arrêts mentionnés: *Brissette, Succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87; *Wigle c. Allstate Insurance Co. of Canada* (1984), 49 O.R. (2d) 101, autorisation de pourvoi refusée [1985] 1 R.C.S. v; *Continental Casualty Co. c. Enco Associates, Inc.*, 238 N.W. 2d 198 (1976); *Williamson & Vollmer Engineering, Inc. c. Sequoia Insurance Co.*, 134 Cal.Rptr. 427 (1976); *San Pedro Properties, Inc. c. Sayre & Toso, Inc.*, 21 Cal.Rptr. 844 (1962); *Phoenix Insurance Co. c. Sukut Construction Co.*, 186 Cal.Rptr. 513 (1982); *Mt. Hawley Insurance Co. c. Federal Savings & Loan Insurance Corp.*, 695 F.Supp. 469 (1982); *Jensen c. Snellings*, 841 F.2d 600 (1988); *Safeco Title Insurance Co. c. Gannon*, 774 P.2d 30 (1989), requête en révision refusée 782 P.2d 1069 (1989); *Peacock c. Roberts* (1985), 15 C.C.L.I. 36, conf. par (1990), 42 C.C.L.I. 196; *McNish & McNish c. American Home Assurance Co.* (1989), 39 C.C.L.I. 200, conf. par (1991), 5 C.C.L.I. (2d) 222; *J. G. Link & Co. c. Continental Casualty Co.*, 470 F.2d 1133 (1972), cert. refusé 414 U.S. 829 (1973); *Continental Casualty Co. c. Robert McLellan & Co.*, [1973] 5 W.W.R. 475.

Doctrine citée

Brown, Craig, and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
 Davis, Thomas R. M. «The New IBC Standard Form Commercial General (Claims-Made) Liability Policy» (1987), 5 *Can. J. Ins. L.* 77.
 Dumont, Jeanine. «What Every Professional Should Know Before Buying Claims-Made Liability Insurance» (1985), 35 *Fed. Ins. Couns. Q.* 363.
 Hilliker, Gordon. *Liability Insurance Law in Canada*. Toronto: Butterworths, 1991.
 Long, Rowland H. *The Law of Liability Insurance*, vol. 2. New York: Matthew Bender, 1992.
 Parker, John K. «The Untimely Demise of the 'Claims Made' Insurance Form? A Critique of *Stine v. Continental Casualty Company*», [1983] *Det. C.L. Rev.* 25.
 Pierce, Lee Roy, Jr. «Professional Liability Insurance: The Claims Made and Reported Trap» (1991), 19 *W. St. U. L. Rev.* 165.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1991), 70 Man. R. (2d) 36, 77 D.L.R. (4th) 243, 47 C.C.L.I. 309, [1992] I.L.R. ¶1-2703, avec motifs supplémentaires (1991), 73 Man. R. (2d) 128, qui a accueilli un appel de la décision du juge De Graves (1990), 66 Man. R. (2d) 142,

142, 45 C.C.L.I. 172, [1990] I.L.R. ¶1-2642. Appeal dismissed.

David I. Marr, for the appellant.

Leonard M. French and Dennis Ringstrom, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J.—This appeal involves the construction of a “claims-made” policy of liability insurance. It raises two issues:

(1) do successive claims for damages arising out of the same negligent act constitute separate claims; and, if so,

(2) was the second claim in this case made during the currency of the policy?

1. The Facts

The appellant (“Simcoe and Erie”) insured the respondent engineering firm (“Reid Crowther”) under Simcoe & Erie’s Master Policy L55470 for Engineers’ Professional Liability Insurance, through ten consecutive policy periods, from October 1, 1971 to September 30, 1981. Under the terms of the policy, Simcoe & Erie agreed to indemnify Reid Crowther against liability to third parties. The policy was a “claims-made” policy, in that Simcoe & Erie’s obligation to indemnify Reid Crowther arose only where a claim was “first made” against the insured during the policy period. In other words, Simcoe & Erie’s obligations under the policy depended on when the claim was made, instead of when the negligent act giving rise to the claim occurred. The policy provided, in part:

45 C.C.L.I. 172, [1990] I.L.R. ¶1-2642. Pourvoi rejeté.

David I. Marr, pour l’appelante.

Leonard M. French et Dennis Ringstrom, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—Le présent pourvoi porte sur l’interprétation d’une police d’assurance responsabilité «sur la base des réclamations» et soulève deux questions:

(1) Des réclamations successives en dommages-intérêts découlant du même acte négligent constituent-elles des réclamations distinctes? Dans l’affirmative:

(2) La seconde réclamation présentée en l’espèce a-t-elle été faite pendant la durée de validité de la police?

f 1. Les faits

L’appelante («Simcoe and Erie») a assuré, pendant dix années consécutives entre le 1er octobre 1971 et le 30 septembre 1981, la firme d’ingénierie intimée («Reid Crowther») en vertu de sa police-cadre d’assurance responsabilité professionnelle des ingénieurs L55470. Les dispositions de la police prévoyaient que Simcoe & Erie acceptait d’indemniser Reid Crowther à l’égard de la responsabilité envers les tiers. Il s’agissait d’une police d’assurance «sur la base des réclamations», en ce sens que Simcoe & Erie était tenue d’indemniser Reid Crowther seulement lorsqu’une réclamation était présentée «pour la première fois» contre l’assurée pendant la période d’assurance. En d’autres termes, les obligations de Simcoe & Erie en vertu de la police se rattachaient plutôt à la date de présentation de la réclamation qu’à celle de l’acte négligent y donnant lieu. La police prévoyait notamment:

[TRADUCTION]

Part I

*Insuring Agreements***I. Coverage**

The Company will pay on behalf of the insured all sums which the insured shall become legally obligated to pay as damages if legal liability arises out of the performance of professional services for others in the insured's capacity as an architect or an engineer and if such legal liability is caused by an error, omission or negligent act.

IV. Policy Period, Territory

This Policy applies only to errors, omissions or negligent acts which occur . . . (a) during the policy period and then only if claim is first made against the insured during the Policy period, or (b) which occurred prior to the effective date of the Policy and then only if claim is made during the Policy period provided: (1) no insured had any knowledge of such prior error, omission or negligent act at the effective date of the policy

Part IV

*Conditions***1. Notice of Claim or Suit**

The insured shall, as soon as practicable after receiving information as to his alleged errors, omissions or negligent acts, give written notice thereof to the Company with full particulars of any claim arising therefrom. . . . If suit is brought, the insured must immediately forward to the Company every summons or other process received by him.

In June 1974, Reid Crowther entered into a contract with the Manitoba Water Services Board to provide engineering services for the construction of a sewage collection and water distribution system in the Town of Stonewall, Manitoba ("the town"). Reid Crowther's task was to design and supervise the construction of the system, and to certify the workmanship and materials provided by the general contractor. Construction of the system took place in 1974 and 1975. The sewer system and water distribution system were approved and

Partie I

*Ententes d'assurance***I. Garantie**

La compagnie paiera pour le compte de l'assuré toutes les sommes que celui-ci devient légalement tenu de payer à titre de dommages-intérêts si sa responsabilité juridique est engagée par suite de services professionnels rendus à autrui, en sa qualité d'architecte ou d'ingénieur, et si cette responsabilité juridique résulte d'une erreur, d'une omission ou d'un acte négligent.

IV. Période d'assurance, territoire

La présente police vise seulement les erreurs, les omissions ou les actes négligents qui se produisent [. . .] a) pendant la période d'assurance, pourvu qu'il y ait réclamation pour la première fois contre l'assuré pendant la période d'assurance, ou b) qui se sont produits avant la date de prise d'effet de la police, pourvu qu'il y ait réclamation pendant la période d'assurance et: (1) que l'assuré n'ait pas été au courant de l'erreur, de l'omission ou de l'acte négligent à la date de prise d'effet de la police . . .

Partie IV

*Conditions***1. Avis de réclamation ou de poursuite**

Dès que possible après avoir reçu des renseignements concernant ses présumés erreurs, omissions ou actes négligents, l'assuré doit en donner avis écrit à la compagnie, préciser tous les détails qu'il possède relativement à toute réclamation en découlant. [. . .] Dans le cas où une poursuite est intentée, l'assuré doit immédiatement faire parvenir à la compagnie toute assignation ou autre document qu'il reçoit.

En juin 1974, Reid Crowther a conclu un contrat avec la Commission des services d'approvisionnement en eau du Manitoba relativement à la prestation de services d'ingénierie pour la construction d'un réseau de collecte des eaux usées et de distribution d'eau dans la ville de Stonewall, au Manitoba («la ville»). Reid Crowther avait comme mandat d'assurer la conception du réseau, d'en superviser la construction et de garantir la qualité de l'exécution ainsi que des matériaux fournis par l'entrepreneur général. Le réseau a été construit en

accepted on November 14, 1975 and June 16, 1976, respectively.

The town experienced many problems with the new system, as a result of which the town complained to the Manitoba Water Services Board and to Reid Crowther. There was also direct communication between the Manitoba Water Services Board and Reid Crowther about the problems with the town's new system. In 1978, Reid Crowther agreed with the town that the installation was improper and acknowledged its inadequate supervision of the general contractor. Remedial work was carried out, at Reid Crowther's expense. A claim for indemnity against Simcoe & Erie was settled and a release executed in January 1981. The release as originally drafted by Simcoe & Erie's solicitors referred generally to "remedial works to sewer and water services and related works in the Town of Stonewall". Reid Crowther insisted on a narrow release, confined to "remedial works related to freezing of sewer and water house services as a result of installation at inadequate depth in the Town of Stonewall".

The town continued to experience problems with the system. On September 25, 1981, in the course of work to expand the system, further antecedent damage to the project was discovered. The town foreman showed Reid Crowther's on-site engineer the defects of the original installation and the newly discovered damage, and commented to Reid Crowther's on-site engineer that the installation of that part of the system was typical of the job done by the general contractor and approved by Reid Crowther as adequate. Then on September 29, in the presence of on-site engineers from Reid Crowther, town workers videotaped large sections of the sewer pipe, in order to ascertain the extent of the damage caused by the improper installation. The town foreman was also present during this videotaping, and again indicated to Reid

1974 et 1975. Le réseau d'égouts et le réseau de distribution d'eau ont respectivement été approuvés et acceptés le 14 novembre 1975 et le 16 juin 1976.

Le nouveau réseau a causé de nombreux problèmes et la ville a déposé une plainte auprès de Reid Crowther et de la Commission des services d'approvisionnement en eau du Manitoba. Il y a également eu des communications directes entre la Commission et Reid Crowther relativement aux problèmes que la ville éprouvait avec le nouveau réseau. En 1978, Reid Crowther a convenu avec la ville que l'installation était insatisfaisante et a reconnu que sa supervision de l'entrepreneur général avait été inadéquate. Les travaux de réparation ont été entrepris aux frais de Reid Crowther. Une réclamation d'indemnité contre Simcoe & Erie a été réglée et une quittance a été signée en janvier 1981. La quittance initialement rédigée par les avocats de Simcoe & Erie visait d'une façon générale [TRADUCTION] «les travaux de réparation des réseaux d'eau et d'égouts ainsi que les travaux connexes dans la Ville de Stonewall». Reid Crowther a insisté pour que la quittance soit rédigée en termes moins généraux et vise seulement [TRADUCTION] «les travaux de réparation relatifs au gel des tuyaux des services domestiques d'eau et d'égouts, installés à une profondeur insuffisante dans la Ville de Stonewall».

La ville a continué à avoir des problèmes avec le réseau. Le 25 septembre 1981, dans le cadre de travaux d'expansion du réseau, d'autres dommages antérieurs ont été découverts. Le contremaître de la ville a montré à l'ingénieur de chantier de Reid Crowther les lacunes de l'installation initiale ainsi que les dommages nouvellement découverts; il a aussi mentionné à l'ingénieur que l'installation de cette partie du réseau était représentative du travail effectué par l'entrepreneur général, que Reid Crowther avait jugé satisfaisant. Par la suite, le 29 septembre, en présence d'ingénieurs de chantier de Reid Crowther, des travailleurs de la ville ont filmé sur bande magnétoscopique d'importantes parties du tuyau d'égout afin d'évaluer les dommages causés par l'installation fautive. Le contremaître de la ville se trouvait également sur les

Crowther's representatives his dissatisfaction with the condition of the sewer line and the job that had been done.

Reid Crowther treated these communications as a demand for compensation. On October 1, 1981, the same day the policy expired, Reid Crowther's Winnipeg office sent a memo to its head office in Calgary reporting the new damage that had just been discovered in the system. The memo arrived in Calgary October 5, 1981. The same day, Reid Crowther's Calgary office notified Simcoe & Erie's representative of the further damage.

On January 7, 1982, the town asked to meet with Reid Crowther to discuss compensation it was seeking for the further damage, thereby formally advising Reid Crowther of its new demands. Ultimately, further remedial work was performed at Reid Crowther's expense, totalling \$250,564.44 (inclusive of interest as of March 31, 1989). In addition, Reid Crowther paid \$62,023.76 in settlement of a suit filed by the Province of Manitoba against Reid Crowther in relation to the defective sewer system. Reid Crowther thus incurred a total cost of \$312,588.20 (inclusive of interest up to March 31, 1989) as a result of its liability for the further damage. Simcoe & Erie has refused to indemnify Reid Crowther for this amount, on the ground that it does not relate to a claim made prior to the expiry of the policy. It may be noted that for purposes of this appeal nothing turns on the distinction between the town and the province.

II. The Issues

1. Where a claim is made under the policy, and compensation for additional damage arising from the same act of negligence is subsequently demanded after the expiry of the policy, does the additional damage constitute part of the first claim?

lieux pendant le filmage et a de nouveau indiqué aux représentants de Reid Crowther qu'il était fort insatisfait de l'état de la conduite d'égout et du travail qui avait été effectué.

Reid Crowther a considéré ces communications comme une demande d'indemnisation. Le 1^{er} octobre 1981, le jour même de l'expiration de la police, le bureau de Winnipeg de Reid Crowther a envoyé une note à son siège social à Calgary, dans laquelle on indiquait que d'autres dommages venaient d'être découverts dans le réseau. Cette note est arrivée à destination le 5 octobre 1981. Le même jour, le bureau de Calgary de Reid Crowther a avisé le représentant de Simcoe & Erie des dommages additionnels.

Le 7 janvier 1982, la ville a demandé de rencontrer Reid Crowther afin d'examiner la question de l'indemnisation relative aux dommages additionnels, informant ainsi officiellement Reid Crowther de ses nouvelles exigences. Finalement, d'autres travaux de réparation ont été effectués aux frais de Reid Crowther, pour un montant total de 250 564,44 \$ (y compris les intérêts jusqu'au 31 mars 1989). En outre, Reid Crowther a versé la somme de 62 023,76 \$ en règlement de la poursuite que lui avait intentée la province du Manitoba relativement au réseau d'égouts défectueux. Reid Crowther a donc assumé des dépenses totales de 312 588,20 \$ (y compris les intérêts jusqu'au 31 mars 1989) au titre de sa responsabilité à l'égard des dommages additionnels. Simcoe & Erie a refusé d'indemniser Reid Crowther de cette somme au motif qu'elle ne se rapporte pas à une réclamation présentée avant la date d'expiration de la police. Il est à signaler que, pour les fins du présent pourvoi, aucune distinction n'a été faite entre la ville et la province.

II. Les questions en litige

1. Lorsqu'une réclamation a été présentée en vertu de la police et qu'une demande d'indemnisation au titre de dommages additionnels découlant du même acte négligent est ultérieurement présentée après l'expiration de la police, les dommages additionnels font-ils partie de la première réclamation?

2. If the subsequent demand for compensation does not constitute part of the first claim, but instead forms a separate claim, on the facts of this case was that separate claim made within the policy period in any event?

I have concluded, as will be seen, that both questions should be answered in the affirmative.

III. Discussion

1. *Was the Second Demand for Compensation Part of the Same Claim as the Prior Demand for Compensation?*

Background: "Claims-Made" versus "Occurrence" Policies

Before focusing on the central issues of the case, it is not amiss to consider the difference between "occurrence" and "claims-made" liability insurance policies.

Every insurance policy must provide a mechanism for determining the claims for which the insurer is liable in a temporal sense. The traditional way has been to focus on the occurrence giving rise to the claim. For example, most automobile insurance liability policies provide coverage for accidents caused by the insured's negligence during the policy period. Provided that the negligent act occurred in the policy period, the insurer is required to indemnify the insured for all loss arising from it, regardless of when a claim is made against the insured for that loss. This type of insurance policy is called an "occurrence" policy.

Alternatively, the policy may focus on the time the claim is made by the third party on the insured. Under a "claims-made" policy, the insurer is liable to indemnify the insured for claims made during the currency of the policy, regardless of when the negligence giving rise to those claims may have occurred. Liability for negligent acts predating the policy is covered provided a claim arising from

2. Si la demande d'indemnisation subséquente ne fait pas partie de la réclamation initiale mais constitue plutôt une réclamation distincte, cette réclamation, compte tenu des faits de l'espèce, a-t-elle, de toute façon, été présentée à l'intérieur de la période d'assurance?

Comme on pourra le constater, j'ai conclu qu'il fallait répondre par l'affirmative à ces deux questions.

III. Examen

1. *La seconde demande d'indemnisation fait-elle partie de la même réclamation que la demande initiale?*

Contexte: Polices «sur la base des réclamations» et polices «sur la base des événements»

Avant d'examiner les principales questions soulevées en l'espèce, il convient d'examiner la distinction entre les polices d'assurance responsabilité «sur la base des événements» et les polices «sur la base des réclamations».

Toute police d'assurance doit prévoir un mécanisme visant à déterminer les réclamations dont l'assureur se porte garant du point de vue temporel. On a traditionnellement retenu l'événement donnant lieu à la réclamation. Par exemple, la plupart des polices d'assurance automobile offrent une garantie à l'égard des accidents causés par la négligence de l'assuré au cours de la période d'assurance. Si l'acte négligent s'est produit au cours de la période d'assurance, l'assureur est tenu d'indemniser l'assuré de toutes les pertes qui en découlent, quel que soit le moment où la réclamation est présentée contre l'assuré relativement à cette perte. Ce genre d'assurance est une police «sur la base des événements».

Par ailleurs, l'accent peut être mis dans la police sur le moment où la réclamation est présentée par le tiers contre l'assuré. En vertu d'une police «sur la base des réclamations», l'assureur est tenu d'indemniser l'assuré des réclamations présentées au cours de la durée de validité de la police, quel que soit le moment où a pu se produire la négligence donnant lieu à la réclamation. Les actes négligents

any such negligent act is made during the policy period. On the other hand, liability for negligent acts which occur within the policy period is covered only if a claim is made against the insured on their account within the policy period. As John K. Parker puts it, in "The Untimely Demise of the 'Claims Made' Insurance Form? A Critique of *Stine V. Continental Casualty Company*", [1983] *Det. C.L. Rev.* 25, at p. 27:

Generally speaking, "occurrence" policies cover liability inducing events occurring during the policy term, irrespective of when an actual claim is presented. Conversely, "claims made" (or "discovery") policies cover liability inducing events if and when a claim is made during the policy term, irrespective of when the events occurred.

At the same time, it is important to note that "claims-made" and "occurrence" are not legal labels which dictate a certain legal result once a policy is characterized as one or the other. The issue is always what the particular policy dictates, regardless of what it is called. This is particularly so due to there being disagreement between academics as to just what are "pure" "claims-made" policies, and "pure" "occurrence" policies. For instance, there is disagreement as to whether "claims-made" means claims made against the insured by third parties, or claims made by the insured against the insurer for coverage under the insurer's policy. Regarding the characterization of "pure" "occurrence" policies, one point of disagreement is whether the "occurrence" consists of a negligent act, or the resultant damage, or both.

These disagreements can perhaps be resolved by recognizing that there may be different types of "claims-made" and "occurrence" policies, as well as hybrid policies that have some features of "claims-made" policies and some features of "occurrence" policies. The essential is not the label one places on the policy, but what the policy says.

antérieurs à l'entrée en vigueur de la police sont protégés pourvu qu'une réclamation soit présentée pendant la période d'assurance. Par contre, les actes négligents commis au cours de la période d'assurance ne sont protégés que si une réclamation est présentée contre l'assuré à ce titre pendant la période d'assurance. Comme l'indique John K. Parker dans «The Untimely Demise of the 'Claims Made' Insurance Form? A Critique of *Stine V. Continental Casualty Company*», [1983] *Det. C.L. Rev.* 25, à la p. 27:

[TRADUCTION] En règle générale, les polices «sur la base des événements» couvrent les événements entraînant la responsabilité, qui se produisent au cours de la période d'assurance, quel que soit le moment où est présentée la réclamation. Par contre, les polices «sur la base des réclamations» (ou «sur la base de la découverte des sinistres») couvrent les événements entraînant la responsabilité pourvu qu'une réclamation soit présentée pendant la période d'assurance, quel que soit le moment où se sont produits les événements.

Il importe également de signaler que les expressions «sur la base des réclamations» et «sur la base des événements» ne sont pas des qualifications juridiques qui entraîneront un résultat juridique donné selon la qualification retenue. Il s'agit toujours de déterminer ce que prévoit la police en question, quelle que soit la qualification qu'on lui donne. Cela est d'autant plus vrai qu'il existe un désaccord entre les auteurs sur ce que sont les «véritables» polices «sur la base des réclamations» et les «véritables» polices «sur la base des événements». Par exemple, on se demande si dans l'expression «sur la base des réclamations» les réclamations sont celles que présente un tiers contre l'assuré ou celles que présente l'assuré contre son assureur en vertu de sa police. Dans le cas des «véritables» polices «sur la base des événements», on se demande si l'«événement» est l'acte négligent ou le dommage qui en résulte, ou les deux.

On peut peut-être trancher ces différends en reconnaissant qu'il peut y avoir différents types de polices d'assurance «sur la base des réclamations» et de polices «sur la base des événements», ainsi que des polices hybrides qui comprennent certains éléments de ces deux types de police. L'important n'est pas la qualification de la police, mais bien

The courts must in each case look to the particular wording of the particular policy, rather than simply attempt to pigeonhole the policy at issue into one category or the other. Construction of policies at issue in these kinds of cases depends much more on the specific wording of the policy at issue than on a general categorizing of the policy.

That said, it is important to understand what the parties are seeking to accomplish by adopting a “claims-made” or hybrid policy, as this may aid in interpreting the provisions of such a policy. An examination of the historical development of the widespread use of “claims-made” and hybrid policies is an appropriate starting point to this area of discussion.

Although there is evidence of “claims-made” and hybrid policies having been utilized to at least some extent for decades in Canada, and as far back as the first half of this century in the United States, “claims-made” and hybrid policies have come into widespread use in the liability insurance industry only within the past 25 years or so in the United States, and apparently somewhat more recently in Canada. The expanded utilization of “claims-made” and hybrid policies was resorted to by insurance companies in response to serious problems that had developed in the use of “occurrence” policies. These problems were rooted in the “long-tail” nature of liability claims against some types of insureds.

“Occurrence” liability insurance policies work reasonably well in covering insureds such as automobile owners and drivers. Where an automobile operator is negligent and thereby causes damage, the nature of the negligent act and the resultant damages are in almost all cases known upon the happening of the negligent act or shortly thereafter. But for insureds who are professionals such as doctors, lawyers, engineers, etc., damages can result (or be discovered) many years after a negligent act is committed. This is even more the case for manufacturers and other types of insureds who

son libellé. Les tribunaux doivent dans chaque cas examiner le libellé de la police en question et ne doivent pas simplement tenter de la classer dans l’une ou l’autre catégorie. L’interprétation des polices contestées dans ces cas dépend davantage du libellé même de la police que d’une qualification générale qu’on lui attribue.

Cela dit, il importe de comprendre ce que les parties cherchent à accomplir lorsqu’elles concluent une police «sur la base des réclamations» ou une police hybride, puisque cette compréhension peut aider à interpréter les dispositions de ce genre de police. Comme point de départ de cette analyse, je ferai maintenant un examen du contexte historique de l’utilisation répandue des polices «sur la base des réclamations» et des polices hybrides.

Bien qu’il soit établi que les polices «sur la base des réclamations» et les polices hybrides sont utilisées au Canada, du moins dans une certaine mesure, depuis des décennies, et depuis la première moitié du siècle aux États-Unis, c’est seulement au cours des quelque 25 dernières années, dans le cas des États-Unis, et apparemment un peu plus récemment au Canada, que l’utilisation de ces types de police s’est répandue dans l’industrie de l’assurance responsabilité. Les compagnies d’assurances ont commencé à utiliser davantage les polices «sur la base des réclamations» et les polices hybrides en réponse aux graves problèmes auxquels donnait lieu l’utilisation des polices «sur la base des événements». Ces problèmes étaient liés au caractère à long terme des réclamations en matière de responsabilité contre certains types d’assurés.

Les polices d’assurance responsabilité «sur la base des événements» fonctionnent assez bien pour ce qui est des assurés comme les propriétaires d’automobile et les conducteurs. Lorsque le conducteur d’une automobile est négligent et cause des dommages, la nature de l’acte négligent et les dommages qui s’ensuivent sont presque toujours connus au moment où se produit l’acte négligent ou peu de temps après. Toutefois, dans le cas d’assurés qui sont des professionnels comme les médecins, les avocats, les ingénieurs et autres, les dommages peuvent se produire (ou être découverts) de

can cause damages by producing hazardous products or toxic waste. Therefore, for each of these types of insureds, insurers are at risk for an unknown number of claims that may be made many years after the expiry of a particular policy of “occurrence” liability insurance. ^a

Compounding the uncertainty that these “long-tail” risks caused to insurers was the evolving nature of law and science. The potential for future developments such as the increased availability and quality of scientific proof of causation of harm, expanded legal liability (e.g., “superfund” environmental legislation), and changes in the law as to quantum of damages, added to the uncertainty on the part of insurers as to the likely number of claims that would be made against their insureds in the future, as well as the likely amount of damages per claim for which individual insurers would have to provide indemnity. ^e

Another type of problem associated with the “long-tail” nature of “occurrence” policies resulted where defendants to claims had been insured successively under liability insurance policies from different insurers over the years. In those types of situations, there arose disputes between the insurers as to when the “occurrence” in question happened—and, therefore, which insurer had to provide an indemnity for the loss. These kinds of disputes further added to the uncertainty in calculating insurers’ actuarial risk, and also caused added expenses to the insurance industry in engaging in this type of litigation. ^h

As a result of these problems, insurers sought to protect themselves either by drastically increasing premiums as a hedge against actuarial uncertainty or by withdrawing altogether from providing liability insurance coverage to some types of insureds. ^j

nombreuses années après l’acte négligent. Cela est d’autant plus vrai pour les fabricants et les autres types d’assurés qui peuvent causer des dommages en produisant des produits dangereux ou des déchets toxiques. Par conséquent, pour chacun de ces types d’assurés, les assureurs se portent garants d’un nombre inconnu de réclamations susceptibles d’être présentées longtemps après l’expiration d’une police particulière d’assurance responsabilité «sur la base des événements». ^b

L’évolution du droit et de la science est venue accroître l’incertitude que ces risques à long terme créent pour les assureurs. L’avancement de la science entraînant l’amélioration, tant quantitative que qualitative, de la preuve scientifique de la cause du préjudice, l’évolution du droit en matière de responsabilité juridique (par exemple, les mesures législatives concernant l’établissement d’un fonds de dépollution) et les modifications apportées au droit relativement au montant des dommages-intérêts n’ont fait qu’intensifier l’incertitude des assureurs quant au nombre de réclamations susceptibles d’être présentées contre leurs assurés et au montant probable des dommages par réclamation relativement auxquels un assureur devra verser une indemnité. ^e

Le caractère à long terme des risques associés aux polices «sur la base des événements» donne lieu à un autre problème dans le cas où les défendeurs ont, au fil des ans, été couverts par des polices d’assurance responsabilité d’assureurs différents. Dans ces cas, il se produisait des différends entre les assureurs quant au moment de l’«événement»—et, partant, quant à l’assureur qui était tenu à l’indemnisation de la perte. Ces différends intensifiaient davantage l’incertitude dans le calcul du risque actuariel des assureurs et entraînaient pour l’industrie de l’assurance des dépenses additionnelles au titre de ces poursuites. ^f

En raison de ces problèmes, les assureurs ont cherché à se protéger contre l’incertitude actuarielle en augmentant considérablement les primes ou en abandonnant carrément le domaine de l’assurance responsabilité pour certains types d’assurés. ⁱ

The “claims-made” type of policy was seen (as were hybrid policies) as a means of providing liability insurance at reasonable rates while avoiding the problems associated with the “long-tail” nature of “occurrence” policies. The date at which a claim was made would be easier to ascertain than the date at which an “occurrence” happened, and more importantly, insurers would be better able to project the likely level of claims that would be payable under liability insurance policies.

But “claims-made” and hybrid policies (the latter in particular), while increasing predictability for insurers and reducing premiums to insureds, exact their price—the price of diminished coverage. As noted earlier in these reasons, “claims-made” policies are sometimes called “discovery” policies. To provide that the “discovery” of a claim is the event that triggers coverage solves the problems associated with the use of “occurrence” policies while avoiding some of the gaps in coverage that are created by providing in a policy that it is the “making” of a claim that triggers coverage.

A more far-reaching diminishment of coverage results from the manner in which insurers deal with known contingent liabilities of insureds (or potential insureds). For instance, the discovery by a manufacturer, by reason of the claim of even a single consumer, that it has produced thousands of units of a product that is hazardous, raises enormous implications for future insurability of that manufacturer. In light of the known potential for future claims of a similar nature faced by the manufacturer, the manufacturer will face either skyrocketing premiums for coverage, or a complete refusal to grant or renew coverage at all. Alternatively, insurers may agree to grant or renew a liability insurance policy, but exclude coverage for liability arising out of the type of defect that has been discovered. In short, “claims-made” or “discovery” policies, by placing insurers in the

Les polices «sur la base des réclamations» (et les polices hybrides) sont apparues comme un moyen de fournir de l'assurance responsabilité à un prix abordable, et d'éviter les problèmes liés au caractère à long terme des risques liés aux polices d'assurance «sur la base des événements». On a jugé d'une part, qu'il serait plus facile de déterminer la date de présentation d'une réclamation que celle de l'«événement» et d'autre part, ce qui est plus important, que les assureurs pourraient faire de meilleures prévisions quant aux réclamations payables en vertu des polices d'assurance responsabilité.

Toutefois, les polices «sur la base des réclamations» et les polices hybrides (tout particulièrement ces dernières), tout en accroissant la prévisibilité pour les assureurs et en réduisant les primes des assurés, ont un côté négatif—une diminution de la garantie. Comme je l'ai déjà fait remarquer, les polices «sur la base des réclamations» sont parfois appelées polices «sur la base de la découverte». Prévoir que la «découverte» d'un sinistre est l'événement qui déclenche la garantie permet de résoudre les problèmes liés à l'utilisation des polices «sur la base des événements», tout en évitant certains des trous de garantie qui sont créés par une police qui prévoit que c'est la «présentation» d'une réclamation qui déclenche la garantie.

L'attitude des assureurs à l'égard de la responsabilité éventuelle connue des assurés (ou des assurés éventuels) donne lieu à une diminution encore plus importante de garantie. Par exemple, la découverte par un fabricant, à la suite d'une réclamation présentée même par un seul consommateur, du fait qu'il a produit des milliers d'unités d'un produit dangereux, soulève d'importantes répercussions quant à l'assurabilité future de ce fabricant. Compte tenu du risque connu de réclamations futures de nature similaire contre ce fabricant, celui-ci devra payer des primes d'assurance exorbitantes ou se verra catégoriquement refuser toute garantie ou renouvellement de celle-ci. Par ailleurs, les assureurs peuvent accepter de lui accorder une police d'assurance responsabilité ou de renouveler la police existante, mais exclure du champ d'assurance le type de défautuosité décou-

position of obtaining extensive information about potential claims before commencing (or renewing) the coverage of an insured, enable insurers to avoid having to indemnify insureds for a significant proportion of the potential claims that exist as of the date of commencement (or renewal) of coverage.

A more sweeping method used by insurers to refuse coverage for some contingent liabilities of their insureds is that of using a standard policy term that excludes coverage for claims arising out of any negligent act of which the insured was aware as of the date of commencement (or renewal) of coverage. This is inconsistent with the theoretical basis of true "claims-made" policies. Since it is the claim which is the focus of a true "claims-made" policy—not the underlying negligent act—knowledge prior to the commencement (or renewal) of coverage of an antecedent negligent act should not be a bar to coverage. Policies with this kind of provision may be viewed more as hybrid policies than as true "claims-made" policies. The insurer has in effect incorporated an element of an "occurrence" policy into its policy framework.

Another type of restriction of coverage in "claims-made" and hybrid policies is found in what are referred to as "claims made and reported" policies. Coverage under such policies applies only to claims which are both made of the insured and reported to the insurer during the policy period. This type of policy creates obvious problems for insureds regarding claims discovered and/or made by third parties just before the expiry of their coverage. In his article "Professional Liability Insurance: The Claims Made and Reported Trap"

vert. Bref, les polices «sur la base des réclamations» ou «sur la base de la découverte» permettent aux assureurs d'obtenir des renseignements détaillés sur les réclamations éventuelles avant même d'offrir une garantie (ou son renouvellement) à une personne et, ainsi, d'éviter d'avoir à indemniser des assurés d'une partie importante des réclamations éventuelles qui existent à la date de prise d'effet de la garantie (ou de son renouvellement).

Pour refuser d'accorder une garantie dans certains cas de responsabilité éventuelle de leurs assurés, les assureurs ont plus fréquemment recours à une disposition standard qui exclut de la garantie les réclamations découlant d'un acte négligent dont l'assuré était au courant à la date de prise d'effet de la garantie (ou du renouvellement). Cette façon de procéder est incompatible avec le fondement théorique des véritables polices «sur la base des réclamations». Puisque c'est la réclamation même qui est l'élément principal d'une véritable police «sur la base des réclamations»—et non l'acte négligent—le fait que l'assuré soit au courant avant la prise d'effet de la garantie (ou de son renouvellement) de l'existence d'un acte négligent antérieur ne devrait pas constituer un obstacle à la garantie. On peut dire que les polices assorties de ce genre de disposition sont davantage des polices hybrides que de véritables polices «sur la base des réclamations». L'assureur se trouve en fait à avoir incorporé dans sa police un élément d'une police «sur la base des événements».

Les polices dites «sur la base des réclamations présentées et déclarées» sont un autre type de restriction de garantie à l'égard des polices «sur la base des réclamations» et des polices hybrides. Dans le cadre de ces polices, la garantie s'applique seulement aux réclamations qui sont à la fois présentées à l'assuré et déclarées à l'assureur pendant la période d'assurance. Ce type de police crée des problèmes évidents pour les assurés relativement aux réclamations découvertes ou présentées par des tiers juste avant la date d'expiration de la police. Dans son article intitulé: «Professional Liability Insurance: The Claims Made and Reported

(1991), 19 *W. St. U. L. Rev.* 165, Lee Roy Pierce, Jr. writes at p. 171:

Claims made and reported policies are less expensive because it is statistically probable that a certain number of insureds will find it impossible or impracticable to timely report their claims. Thus, premium costs to the group are reduced because it is statistically probable that many insureds (who actually encounter the insured loss) will forfeit coverage.

In Pierce's view, this situation is antithetical to the purpose of purchasing liability insurance, which is for the insured to trade a contingent loss (uncertainty) for a certain loss (the premium paid to the insurer).

Similarly, a standard form policy released in 1986 by the Insurance Bureau of Canada was the subject of a critical analysis by Thomas R. M. Davis in "The New IBC Standard Form Commercial General (Claims-Made) Liability Policy" (1987), 5 *Can. J. Ins. L.* 77. In Davis' view, at p. 78:

The purpose of the claims-made form is to enable insurers to predict current liabilities rather than underwrite unpredictable long-term liabilities (occurrence basis). There is no doubt that the claims-made form will accomplish this, primarily by shifting (*sic*) a significant part of the risk of unpredictable long-term liabilities back to the insured.

In sum, while it is reasonable to argue that some part of the reduced premiums (and greater availability of coverage) associated with "claims-made" and hybrid policies is the result of greater certainty of risk, a major reason why "claims-made" and hybrid policies are cheaper and more available to insureds than are "occurrence" policies is that there are significant gaps in coverage inherent to "claims-made" and hybrid liability insurance policies.

This is not to say "claims-made" or hybrid policies with these sorts of gaps in coverage are necessarily unfair to insureds. It is open to insureds to agree to a more risky sort of indemnity agreement

Trap» (1991), 19 *W. St. U. L. Rev.* 165, Lee Roy Pierce, Jr. affirme, à la p. 171:

[TRADUCTION] Les polices sur la base des réclamations présentées et déclarées sont moins coûteuses parce que, du point de vue statistique, il est probable qu'un certain nombre d'assurés estimeront impossible de déclarer leurs réclamations à temps. En conséquence, les primes du groupe sont moins élevées parce que, du point de vue statistique, il est probable que de nombreux assurés (qui ont effectivement subi la perte assurée) renonceront à la garantie.

Selon Pierce, cette situation va à l'encontre de l'objet même de l'achat d'une police d'assurance responsabilité, qui, pour l'assuré, consiste à échanger une perte éventuelle (l'incertitude) contre une perte certaine (la prime versée à l'assureur).

De la même manière, une police normalisée diffusée en 1986 par le Bureau d'assurance du Canada a été critiquée par Thomas R. M. Davis dans «The New IBC Standard Form Commercial General (Claims-Made) Liability Policy» (1987), 5 *Can. J. Ins. L.* 77. De l'avis de Davis, à la p. 78:

[TRADUCTION] L'objectif de la formule d'assurance sur la base des réclamations est de permettre aux assureurs de prévoir les responsabilités en cours plutôt que de garantir des responsabilités imprévisibles à long terme (base des événements). Il n'y a pas de doute que cette formule permettra d'atteindre cet objectif, principalement en plaçant sur les épaules de l'assuré une grande partie du risque des responsabilités à long terme imprévisibles.

Bref, s'il est raisonnable de soutenir qu'une certaine partie de la diminution des primes (et de l'offre plus importante de garantie) que l'on associe aux polices «sur la base des réclamations» et aux polices hybrides s'explique par une plus grande certitude sur le plan des risques, il demeure que ces types de police sont moins coûteux et plus faciles à obtenir que les polices «sur la base des événements» principalement parce qu'ils comportent en soi d'importants trous de garantie.

Cela ne veut pas dire que les polices «sur la base des réclamations» ou les polices hybrides qui comportent de tels trous de garantie sont nécessairement injustes pour l'assuré. Il appartient à l'assuré

(if the phrase is not an oxymoron) in exchange for a lower premium. The issue of fairness arises only if the insured is not aware that it is buying a “more risky” policy. But, it should be noted that most insureds will purchase liability insurance assuming they are covered for all liability, and not realizing there may be gaps in the coverage they have purchased. These considerations suggest that so-called “claims-made” policies should be examined with care to determine whether, read as a whole, they clearly transfer the risk of the long-term liability in question to the insured. In particular—considering again the discovery principle as it relates to the purpose of avoiding the problems associated with “occurrence” policies—courts should be careful not to construe “claims-made” or hybrid policies in such a way as to exclude claims discovered by the insured during the policy period on the ground of some technical defect in the nature of the claim. If they do, they may be unfairly depriving people of the benefit of the coverage for which they reasonably understood themselves to have contracted.

The Simcoe & Erie Policy: Characterization

The policy at issue in this case, while on its face a “claims-made” policy, possesses attributes of an “occurrence” policy. To this extent, it may be regarded as a hybrid policy rather than a true “claims-made” policy.

Clause IV of Part I of the policy is a “claims-made” type of clause. The insurer is seeking the benefit of having to pay only those claims which were made to the insured during the policy period. However, by the same clause, the insurer carves out a category of claims made within the policy period for which the insurer is not liable—those arising from acts which predate the policy where the insured had “knowledge of such prior error, omission or negligent act at the effective date of the policy. . . .” Thus the insurer seeks to secure to

d’accepter de conclure une entente d’indemnisation assortie de risques accrus (si cette expression n’est pas antinomique) en échange d’une prime moins élevée. La question de l’équité se pose seulement si l’assuré ne sait pas qu’il achète une police «assortie de risques accrus». Toutefois, je tiens à préciser que la plupart des assurés achètent une assurance responsabilité en tenant pour acquis qu’ils sont assurés contre tous les types de responsabilité, sans se rendre compte qu’il peut exister des trous de garantie dans leur assurance. Il ressort donc de ces considérations qu’il faut examiner avec prudence les polices dites «sur la base des réclamations» afin de déterminer si, globalement, elles placent clairement sur les épaules de l’assuré le risque de la responsabilité à long terme. Plus particulièrement—compte tenu toujours de l’application du principe de la découverte dont l’objet est d’éviter les problèmes que présentent les polices «sur la base des événements»—les tribunaux devraient prendre soin de ne pas interpréter les polices «sur la base des réclamations» ou les polices hybrides de façon à exclure les réclamations découvertes par l’assuré au cours de la période d’assurance au motif que la réclamation est entachée d’une erreur de forme. S’ils le faisaient, ils pourraient injustement priver des personnes de la garantie qu’elles croyaient, de manière raisonnable, avoir contractée.

Qualification de la police de Simcoe & Erie

La police en cause est à première vue une police «sur la base des réclamations», mais elle comporte des caractéristiques d’une police «sur la base des événements». Elle peut donc être considérée plutôt comme une police hybride.

La clause IV de la partie I de la police est un type de clause que l’on rencontre dans les polices «sur la base des réclamations». L’assureur cherche à se porter garant seulement des réclamations présentées à l’assuré au cours de la période d’assurance. Toutefois, dans cette même clause, l’assureur établit une catégorie de réclamations présentées au cours de la période d’assurance dont il ne se portera pas garant—les réclamations découlant d’actes antérieurs à la police dans le cas où l’assuré était [TRADUCTION] «au courant de l’er-

itself an advantage it would have under an “occurrence” policy, in excluding coverage for claims arising from some negligent acts which occurred prior to the effective date of the policy.

It can also be argued, interpretatively, that the negligent act or omission may have been seen by the parties as possessing a greater importance in this policy than it would have under a true “claims-made” policy. This emerges not only from the exclusion regarding claims arising from prior negligent acts of which the insured has knowledge, but also from other portions of the policy. The heading of Part IV, Clause I, “Notice of Claim or Suit”, indicates that it deals with notice of such claims. The body of the clause, however, provides that the insured is to give prompt written notice of “his alleged errors, omissions or negligent acts” “as soon as practicable after receiving information as to [them]”. This suggests that “claim” is equated with the negligent act or omission giving rise to it. At the very least, the wording of this clause creates ambiguity in the policy as to whether it is intended to be a true “claims-made” policy, or something else.

The Simcoe & Erie Policy: Construction

This brings me to the question raised by the first issue: does the word “claim” in Part I, Clause IV of the policy include a demand for compensation made after expiry of the policy for an error, omission or negligent act for which a prior demand was made within the policy period?

As suggested above, the distinction between “claims-made” and “occurrence” policies does not resolve this question. In each case the courts must examine the provisions of the particular policy at issue (and the surrounding circumstances) to deter-

neur, de l’omission ou de l’acte négligent à la date de prise d’effet de la police . . .» L’assureur cherche ainsi à obtenir un avantage qu’il aurait en vertu d’une police «sur la base des événements», en excluant de la garantie les réclamations découlant de certains actes négligents survenus avant la date de prise d’effet de la police.

On peut également soutenir, par interprétation, que les parties ont, dans la police qu’elles ont conclue, accordé à l’acte ou à l’omission négligent davantage d’importance qu’elles ne l’auraient fait en vertu d’une véritable police «sur la base des réclamations». Je fonde cet argument non seulement sur l’exclusion des réclamations se rapportant à des actes négligents antérieurs dont l’assuré était au courant, mais aussi sur d’autres parties de la police. L’intitulé de la clause I de la partie IV, [TRADUCTION] «Avis de réclamation ou de poursuite», indique que l’on y traitera des avis de ce genre de réclamations. Toutefois, la clause en question prévoit que l’assuré doit donner sans tarder un avis écrit [TRADUCTION] «de ses présumés erreurs, omissions ou actes négligents» «[d]ès que possible après avoir reçu des renseignements [les] concernant». On laisse donc entendre qu’une «réclamation» est assimilée à l’acte ou à l’omission négligent dont elle découle. À tout le moins, le libellé de cette clause crée une ambiguïté dans la police quant à savoir s’il s’agit d’une véritable police «sur la base des réclamations» ou d’un autre type de police.

Interprétation de la police de Simcoe & Erie

Cela m’amène à l’examen de la première question en litige: le terme «réclamation» utilisé à la clause IV de la partie I de la police comprend-il une demande d’indemnisation présentée après l’expiration de la police relativement à une erreur, à une omission ou à un acte négligent qui avait déjà donné lieu à une réclamation pendant la période d’assurance?

Comme nous l’avons déjà indiqué, la distinction entre les polices «sur la base des réclamations» et les polices «sur la base des événements» ne permet pas de résoudre cette question. Dans chaque cas, les tribunaux doivent examiner les dispositions de

mine if the events in question fall within the terms of coverage of that particular policy. This is not to say that there are no principles governing this type of analysis. Far from it. In each case, the courts must interpret the provisions of the policy at issue in light of general principles of interpretation of insurance policies, including, but not limited to:

- (1) the *contra proferentum* rule;
- (2) the principle that coverage provisions should be construed broadly and exclusion clauses narrowly; and
- (3) the desirability, at least where the policy is ambiguous, of giving effect to the reasonable expectations of the parties.

See C. Brown and J. Menezes, *Insurance Law in Canada* (2nd. ed. 1991), at pp. 123-31, and *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87.

If this were a true "claims-made" policy, the case against coverage for the additional damages here at issue might be stronger. The only thing that would matter is when the demand for compensation for the damages discovered in 1981 was made against the insured. The origin of that claim (the negligent act or omission), and whether there was any prior demand for compensation for other damages resulting from the same act of negligence, would arguably be irrelevant to the question of whether the new demand for compensation was made within the policy period. And the result would not be unfair; the insured would be able to advance the claim under its next "claims-made" policy. By straddling the fence between "claims-made" and "occurrence" policies, Simcoe & Erie's policy precludes these arguments and raises the contrary suggestion that the act or omission from which the claim arises is a matter of considerable importance.

la police contestée (et les circonstances qui l'entourent) afin de déterminer si les actes en question sont visés par la garantie de cette police. Je ne veux pas dire qu'il n'existe pas de principes applicables à ce type d'analyse. Loin de là. Dans chaque cas, les tribunaux doivent interpréter les dispositions de la police contestée en fonction des principes généraux d'interprétation des polices d'assurance, y compris notamment:

- (1) la règle *contra proferentum*;
- (2) le principe que les dispositions concernant la garantie doivent recevoir une interprétation large, et les clauses d'exclusion une interprétation restrictive;
- (3) le fait qu'il est souhaitable, tout au moins dans les cas où la police est ambiguë, de donner effet aux attentes raisonnables des parties.

Voir C. Brown et J. Menezes, *Insurance Law in Canada* (2^e éd. 1991), aux pp. 123 à 131, et *Brissette, Succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87.

S'il s'agissait d'une véritable police «sur la base des réclamations», on aurait des arguments plus solides pour soutenir que les dommages additionnels ne sont pas visés par la garantie. Dans ce cas, il suffirait de se demander quand a été présentée à l'assuré la demande d'indemnisation des dommages découverts en 1981. On pourrait alors soutenir que l'origine de la réclamation (l'acte ou l'omission négligent) et l'existence d'une demande antérieure d'indemnisation relativement à d'autres dommages résultant du même acte négligent n'ont aucun rapport avec la question de savoir si la nouvelle demande d'indemnisation a été présentée pendant la période d'assurance. Le résultat obtenu ne serait pas injuste; l'assuré n'aurait qu'à présenter sa réclamation en vertu de la police subséquente qu'il aurait conclue sur la même base. Comme elle tient à la fois d'une police «sur la base des réclamations» et d'une police «sur la base des événements», la police de Simcoe & Erie ne permet pas d'avancer ces arguments, mais donne plutôt à entendre que l'acte ou l'omission qui a donné lieu à la réclamation est une question d'une importance considérable.

A number of provisions of the policy indicate that the act or omission from which the claim arose is of considerable importance. First, as noted above, where the act or omission preceded the policy, there must be an inquiry as to whether the insured knew—not about the claim—but about the act or omission which gave rise to it.

Second, in cases such as this one, where the negligent act occurred during the policy period, the notice provisions suggest that what is meant by “claim” in Part I, Clause IV may be the negligent act or omission. A provision requiring the insured to give notice of matters falling short of claims is not inconsistent with a true “claims-made” policy; the insurer can ask for what it wishes in gauging its risk. But by referring to “errors, omissions or negligent acts” under the heading of “Notice of Claim or Suit”, the suggestion is made that “claims” in the policy consists, at least in part, of an allegation of a negligent act or omission.

A third source of ambiguity in the policy lies in the phrases “if claim is made” and “if claim is first made” in Part I, Clause IV. The word “claim” is preceded by neither the word “a” nor the word “the”. In the context of Part I, Clause IV, there is a world of difference between the words “a claim” and the words “the claim”. If the passages referred to are read as if they said “if a claim is (first) made”, then the policy wording would seem to provide coverage for each one of any number of claims arising from the same error, omission or negligent act as long as at least one (“a”) such claim is made during the policy period. By contrast, if the word “the” had been used, Simcoe & Erie would have had a stronger argument that the fact of damages being claimed in 1978 does not affect whether the damages discovered in 1981 fall

Certaines dispositions de la police indiquent que l'acte ou l'omission qui a donné lieu à la réclamation revêt une importance considérable. Premièrement, comme je l'ai déjà indiqué, dans le cas où l'acte ou l'omission s'est produit avant la date d'effet de la police, on doit se demander si l'assuré était au courant—non pas de la réclamation—mais de l'acte ou de l'omission qui y a donné lieu.

Deuxièmement, dans des cas comme en l'es-
pèce, si l'acte négligent s'est produit au cours de la période d'assurance, les dispositions concernant l'avis à donner laissent entendre que la «réclamation» dont il est question dans la clause IV de la partie I, peut être l'acte ou l'omission négligent. Une disposition exigeant de l'assuré qu'il donne un avis relativement à des questions qui ne constituent pas une réclamation n'est pas incompatible avec une véritable police «sur la base des réclamations»; l'assureur peut demander ce qu'il veut pour évaluer les risques qu'il prend. Toutefois, comme il est question d'«erreurs, omissions ou actes négligents» sous la rubrique intitulée «Avis de réclamation ou de poursuite», on soutient que le terme «réclamations» utilisé dans la police comprend, tout au moins en partie, une allégation d'acte ou d'omission négligent.

Une troisième source d'ambiguïté dans la police est liée à l'emploi, à la clause IV de la partie I, des expressions «pourvu qu'il y ait réclamation» et «pourvu qu'il y ait réclamation pour la première fois». Le terme «réclamation» n'est précédé d'aucun article ni défini ni indéfini. Dans le contexte de la clause IV de la partie I, l'expression aurait un sens tout à fait différent si elle était précédée d'un article défini ou indéfini. Dans les passages cités, si l'expression était précédée d'un article indéfini (*a* ou *une*), alors le libellé de la police semblerait offrir une garantie relativement à chacune des réclamations découlant de la même erreur, de la même omission ou du même acte négligent dans la mesure où au moins «une» réclamation a été présentée pendant la période d'assurance. Par contre, si l'expression était précédée d'un article défini (*the* ou *la*), Simcoe & Erie aurait été en meilleure position pour soutenir que la réclamation présentée en 1978 n'a rien à voir avec la question de savoir

within the particular terms of coverage under its policy.

These ambiguities, interpreted in accordance with the *contra proferentum* rule, militate in favour of adopting an interpretation of the policy that favours the insured rather than the insurer which drafted the policy. The same result is suggested by the rule that coverage provisions should be construed broadly.

I turn to the third relevant principle of construction, the reasonable expectations of the parties. Without pronouncing on the reach of this doctrine, it is settled that where the policy is ambiguous, the courts should consider the reasonable expectations of the parties: *Wigle v. Allstate Insurance Co. of Canada* (1984), 49 O.R. (2d) 101 (C.A.), leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. v. The insured's reasonable expectation is, at a minimum, that the insurance plan will provide coverage for legitimate claims on an ongoing basis. The presumption must be that the intention of the parties is to provide and obtain coverage for all legitimate claims on an ongoing basis, whether through renewal with the same insurer or through securing new insurance with a different insurer. This presumption is consistent with the discovery principle discussed earlier in these reasons, in that the insurer is able to secure a means of certainty in calculating its risk without unfairly creating gaps in coverage. Yet the construction of the policy which the insurer urges upon us may well not achieve that goal.

To hold that damages claimed after expiry of the policy are not part of the claim would be to endorse a situation where an insured such as Reid Crowther could in some circumstances find it impossible to obtain indemnity for a loss. Assuming for the moment that Reid Crowther renewed its coverage with Simcoe & Erie on October 1, 1981, as it had the ten preceding years, it might have been unable to obtain indemnification for the further damages discovered during the renewal period. This leads to the absurdity that Reid Crowther might have had no coverage at all for the

si les dommages découverts en 1981 sont visés par la garantie offerte en vertu de sa police.

Ces ambiguïtés, interprétées conformément à la règle *contra proferentum*, militent en faveur d'une interprétation de la police qui favoriserait l'assuré plutôt que l'assureur qui a rédigé la police. On arrive au même résultat en appliquant la règle que les dispositions en matière de garantie doivent recevoir une interprétation large.

Passons maintenant à l'examen du troisième principe pertinent d'interprétation, celui des attentes raisonnables des parties. Sans me prononcer sur la portée de ce principe, j'estime qu'il est établi qu'en cas d'ambiguïté les tribunaux doivent tenir compte des attentes raisonnables des parties: *Wigle c. Allstate Insurance Co. of Canada* (1984), 49 O.R. (2d) 101 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée [1985] 1 R.C.S. v. L'assuré s'attend raisonnablement, à tout le moins, que le régime d'assurance lui fournira, sur une base continue, une garantie au titre de réclamations légitimes. On doit présumer que les parties ont l'intention soit de fournir, soit d'obtenir, sur une base continue, une garantie relativement à toutes les réclamations légitimes, que ce soit par le renouvellement d'une police avec le même assureur ou la conclusion d'un nouveau contrat d'assurance avec un assureur différent. Cette présomption est compatible avec le principe de la découverte que j'ai déjà examiné en ce que l'assureur bénéficie d'une certaine certitude dans le calcul de ses risques, sans créer injustement de trous de garantie. Toutefois, l'interprétation de la police que l'assureur préconise pourrait bien aller à l'encontre de cet objectif.

Soutenir qu'une indemnité réclamée après l'expiration de la police ne fait pas partie de la réclamation équivaldrait à affirmer qu'un assuré comme Reid Crowther ne pourrait pas, dans certaines circonstances, être indemnisé d'une perte. À supposer pour le moment que la firme Reid Crowther ait, le 1^{er} octobre 1981, renouvelé sa garantie avec Simcoe & Erie, comme elle l'avait fait au cours des dix années précédentes, elle n'aurait peut-être pas pu être indemnisée des autres dommages découverts pendant la durée de validité de la police renouvelée. Cela aboutit à l'absurdité que

damages discovered in 1981 despite being continuously insured by Simcoe & Erie. Reid Crowther could not have claimed under the policy in place when the negligence was discovered and the first damages "claimed" if one accepts Simcoe & Erie's contention that the claim falls outside that policy. At the same time, Reid Crowther would arguably have been unable to claim for the damage under the renewal policy because it had knowledge of the negligent act giving rise to it prior to the effective date of that renewal policy. So Reid Crowther would have found itself without any coverage at all. Reid Crowther would become one of the actuarially predictable number of insureds to which Pierce refers who are unable to obtain insurance indemnification because they fall between two stools. It follows that a view of Simcoe & Erie's policy as part of a system of successive insurance designed to provide liability coverage from year to year militates against the interpretation which the insurer urges upon us.

I conclude that the Court of Appeal was correct in ruling that the damages discovered in 1981 formed part of the original claim made during the policy period.

2. *If the 1981 Damages Were a Separate Claim, was the Claim Made within the Policy Period?*

The conclusion I have reached on the first issue makes it technically unnecessary to deal with the second issue. Nevertheless, because of the importance that the second issue has in relation to the interpretation of "claims-made" and hybrid policies, in my view this Court should not in this case refrain from ruling on the second issue. Assuming, then, for the purpose of conducting this analysis, that I had concluded the subsequently discovered damages constitute a separate claim against the insured, the issue is whether that claim was made on September 25, 1981, when the town foreman showed Reid Crowther's representative the further damage, and/or on September 29, 1981, when the

Reid Crowther n'avait peut-être aucune garantie relativement aux dommages découverts en 1981, même si elle avait été continuellement assurée par Simcoe & Erie. Reid Crowther n'aurait pu présenter de réclamation en vertu de la police en vigueur au moment de la découverte de l'acte négligent et de la première «réclamation» de dommages si l'on accepte l'argument de Simcoe & Erie que la réclamation n'est pas visée par la police en question. Par ailleurs on peut soutenir que Reid Crowther n'aurait pas pu présenter de réclamation en vertu de la police renouvelée parce qu'elle était au courant de l'acte négligent donnant lieu à la réclamation avant la date de prise d'effet de la nouvelle police. Reid Crowther n'aurait donc bénéficié d'aucune garantie. Elle ferait alors partie du nombre prévisible du point de vue actuariel des assurés qui, selon Pierce, ne peuvent obtenir une indemnisation d'assurance parce qu'ils se retrouvent assis entre deux chaises. Par conséquent, si l'on estime que la police de Simcoe & Erie fait partie d'un système d'assurances successives visant à fournir une assurance responsabilité d'une année à l'autre, on ne saurait adopter l'interprétation que nous propose l'assureur.

Je conclus que la Cour d'appel a eu raison de décider que les dommages découverts en 1981 faisaient partie de la réclamation initiale présentée au cours de la période d'assurance.

2. *Si les dommages de 1981 constituent une réclamation distincte, la réclamation a-t-elle été présentée pendant la période d'assurance?*

Vu la conclusion à laquelle j'arrive relativement à la première question en litige, il est techniquement inutile d'examiner la seconde. Néanmoins, compte tenu de l'importance de la seconde question relativement à l'interprétation des polices «sur la base des réclamations» et des polices hybrides, notre Cour ne devrait pas, à mon avis, s'abstenir de statuer sur cette question. À supposer, pour les fins de notre analyse, que j'aie conclu que les dommages découverts subséquentement donnent lieu à une réclamation distincte contre l'assuré, il s'agit alors de déterminer si la réclamation a été présentée le 25 septembre 1981 lorsque le contremaître de la ville a montré les dommages additionnels au

damage to the sewer line was videotaped in the presence of representatives of Reid Crowther.

représentant de Reid Crowther ou le 29 septembre 1981 lorsque l'on a, en présence des représentants de Reid Crowther, filmé sur bande magnéto-scopique la conduite d'égout endommagée.

The authorities establish that as a general rule, for a "claim" to be made there must be some form of communication of a demand for compensation or other form of reparation by a third party upon the insured, or at least communication by the third party to the insured of a clear intention to hold the insured responsible for the damages in question: Jeanine Dumont, "What Every Professional Should Know Before Buying Claims-Made Liability Insurance" (1985), 35 *Fed. Ins. Couns. Q.* 363, at p. 374; *Continental Casualty Co. v. Enco Associates, Inc.*, 238 N.W. 2d 198 (Mich. App. 1976); *Williamson & Vollmer Engineering, Inc. v. Sequoia Insurance Co.*, 134 Cal.Rptr. 427 (App. 1976). See also: Gordon Hilliker, *Liability Insurance Law in Canada* (1991), at pp. 136-37; Rowland H. Long, *The Law of Liability Insurance* (1992), vol. 2, at p. 12C-54; *San Pedro Properties, Inc. v. Sayre & Toso, Inc.*, 21 Cal.Rptr. 844 (App. 1962); *Hoyt v. St. Paul Fire and Marine Insurance Co.*, 607 F.2d 864 (9th Cir. 1979); *Phoenix Insurance Co. v. Sukut Construction Co.*, 186 Cal.Rptr. 513 (App. 1982); *Mt. Hawley Insurance Co. v. Federal Savings & Loan Insurance Corp.*, 695 F.Supp. 469 (C.D.Cal. 1987); *Jensen v. Snellings*, 841 F.2d 600 (5th Cir. 1988); *Safeco Title Insurance Co. v. Gannon*, 774 P.2d 30 (Wash. App. 1989), petition for review denied 782 P.2d 1069 (Wash. 1989); *Stevenson v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1981] I.L.R. ¶1-1434 (Alta. Q.B.); *St. Paul Fire and Marine Insurance Co. v. Guardian Insurance Co. of Canada* (1983), 2 C.C.L.I. 275 (Ont. C.A.); *Peacock v. Roberts* (1985), 15 C.C.L.I. 36 (B.C.S.C.), aff'd (1990), 42 C.C.L.I. 196 (B.C.C.A.); *McNish & McNish v. American Home Assurance Co.* (1989), 39 C.C.L.I. 200 (Ont. H.C.), aff'd (1991), 5 C.C.L.I. (2d) 222 (Ont. C.A.); *Defrancesco v. Stivala*, [1989] I.L.R. ¶1-2524 (Ont. H.C.), rev'd [1992] I.L.R. ¶1-2896.

Selon la jurisprudence et la doctrine, en règle générale, pour qu'une «réclamation» soit présentée, le tiers doit d'une façon quelconque communiquer à l'assuré l'existence d'une demande d'indemnisation ou d'un autre type de réparation ou encore, il doit tout au moins lui communiquer qu'il a clairement l'intention de tenir l'assuré responsable des dommages en question: Jeanine Dumont, «What Every Professional Should Know Before Buying Claims-Made Liability Insurance» (1985), 35 *Fed. Ins. Couns. Q.* 363, à la p. 374; *Continental Casualty Co. c. Enco Associates, Inc.*, 238 N.W. 2d 198 (Mich. App. 1976); *Williamson & Vollmer Engineering, Inc. c. Sequoia Insurance Co.*, 134 Cal.Rptr. 427 (App. 1976). Voir également: Gordon Hilliker, *Liability Insurance Law in Canada* (1991), aux pp. 136 et 137; Rowland H. Long, *The Law of Liability Insurance* (1992), vol. 2, à la p. 12C-54; *San Pedro Properties, Inc. c. Sayre & Toso, Inc.*, 21 Cal.Rptr. 844 (App. 1962); *Hoyt c. St. Paul Fire and Marine Insurance Co.*, 607 F.2d 864 (9th Cir. 1979); *Phoenix Insurance Co. c. Sukut Construction Co.*, 186 Cal.Rptr. 513 (App. 1982); *Mt. Hawley Insurance Co. c. Federal Savings & Loan Insurance Corp.*, 695 F.Supp. 469 (C.D.Cal. 1987); *Jensen c. Snellings*, 841 F.2d 600 (5th Cir. 1988); *Safeco Title Insurance Co. c. Gannon*, 774 P.2d 30 (Wash. App. 1989), requête en révision refusée 782 P.2d 1069 (Wash. 1989); *Stevenson c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1981] I.L.R. ¶1-1434 (B.R. Alb.); *St. Paul Fire and Marine Insurance Co. c. Guardian Insurance Co. of Canada* (1983), 2 C.C.L.I. 275 (C.A. Ont.); *Peacock c. Roberts* (1985), 15 C.C.L.I. 36 (C.S.C.-B.), conf. par (1990), 42 C.C.L.I. 196 (C.A.C.-B.); *McNish & McNish c. American Home Assurance Co.* (1989), 39 C.C.L.I. 200 (H.C. Ont.), conf. par (1991), 5 C.C.L.I. (2d) 222 (C.A. Ont.); *Defrancesco c. Stivala*, [1989] I.L.R. ¶1-2524 (H.C. Ont.), inf. par [1992] I.L.R. ¶1-2896 (C.A. Ont.).

The authorities distinguish between a communication of a demand or assertion of liability sufficient to trigger coverage under a claims-made policy and: (1) mere requests for information; (2) filing of a lawsuit without serving it upon the insured or otherwise advising the insured of the claim embodied in the suit; and (3) expressions of dissatisfaction that are clearly not meant to convey a demand for compensation for the damages. These are sound distinctions.

The rule that a demand or assertion of liability must be communicated for a claim to be "made" leaves open the further questions, however, of what constitutes a demand or assertion of liability, and whether that demand or assertion is established on the facts. The cases in the United States and Canada referred to above which have found a claim had not been made can be distinguished on the basis of either or both of two factors: (1) the wording of the policies in question, which made it clear that "claim" meant an express demand; or (2) the fact situations, which fell short of establishing that a claim had indeed been made within the meaning of the general rule. I will address the authorities and this case in the context of these two points.

I turn first to the wording of the policies. In *Safeco Title Insurance Co. v. Gannon*, *supra*, a rather clear indication by a third party that a suit would be filed was held not to constitute a claim, where the policy expressly distinguished between "claims" and "facts and circumstances which may give rise subsequently to a claim hereunder." Similarly, in *Jensen v. Snellings*, *supra*, *Hoyt v. St. Paul Fire and Marine Insurance Co.*, *supra*, as well as in a number of other cases aside from those cited herein, the American courts have not merely stated that a claim is ordinarily understood to mean a demand of some sort, but have also gone on to say that the wording of the policy in the particular case

La jurisprudence et la doctrine font une distinction entre, d'une part, la communication d'une demande ou d'une déclaration de responsabilité qui suffit à déclencher l'application de la garantie en vertu d'une police sur la base des réclamations, et, d'autre part, (1) les simples demandes de renseignements, (2) le dépôt d'une action en justice sans qu'elle soit signifiée à l'assuré ou sans qu'il soit informé de la réclamation contenue dans la poursuite, et (3) les expressions d'insatisfaction qui n'ont clairement pas comme objet de transmettre une demande d'indemnisation pour les dommages. Ce sont là des distinctions valides.

La règle selon laquelle il doit y avoir communication d'une demande ou d'une déclaration de responsabilité pour qu'il y ait «présentation» d'une réclamation soulève toutefois d'autres questions quant à savoir ce qui constitue une demande ou une déclaration de responsabilité et si les faits permettent de prouver cette demande ou déclaration. Les arrêts américains et canadiens que j'ai mentionnés, dans lesquels les tribunaux ont conclu qu'il n'y avait pas eu réclamation, se distinguent par rapport à l'un ou l'autre des facteurs suivants ou aux deux: (1) le libellé des polices en question, qui précisait qu'une «réclamation» signifiait une demande expresse; ou (2) les faits, qui ne permettaient pas d'établir qu'il y avait eu présentation d'une réclamation au sens de la règle générale. J'examinerai maintenant ces arrêts et le présent pourvoi dans ce contexte.

Commençons tout d'abord par le libellé des polices. Dans l'arrêt *Safeco Title Insurance Co. c. Gannon*, précité, le tribunal a conclu que l'indication plutôt claire donnée par le tiers de son intention d'intenter une poursuite ne constituait pas une réclamation, car la police établissait une distinction explicite entre les «réclamations» et [TRADUCTION] «les faits et circonstances susceptibles de donner lieu à une réclamation subséquente». De même, dans les arrêts *Jensen c. Snellings* et *Hoyt c. St. Paul Fire and Marine Insurance Co.*, précités, ainsi que dans certains autres arrêts que je n'ai pas cités, les tribunaux américains ont affirmé non seulement qu'une réclamation signifie habituellement

reinforces the conclusion that the ordinary meaning was intended.

In the appeal at bar, the policy is far from clear on the meaning of "claim". The policy suggests, as discussed above, that the allegation of negligence may constitute a claim, and it does not distinguish between a formal demand and a less formal expression of intention to sue which the reasonable person would interpret as a claim. It is therefore open on the authorities to find that a claim has been made in the absence of a formal demand. Indeed, in one American case in which the policy wording being considered was fairly similar to the wording in *Simcoe & Erie's* policy (*J. G. Link & Co. v. Continental Casualty Co.*, 470 F.2d 1133 (9th Cir. 1972), *certiorari* denied 414 U.S. 829 (1973)), it was held that the policy was ambiguous as to what was meant by "claim"—and that therefore the court would treat the claim as having been made within the policy period when the insured architect received a complaint during the policy period about a floor squeaking.

The other matter which must be looked at in applying the authorities are the facts of the particular case. What is required, unless the policy expressly so stipulates, is a form of demand or assertion of liability, not a formal demand or assertion of liability. Under a policy such as the one in this appeal, which contains no express requirement of a formal demand or indeed any demand at all, what constitutes a claim "made" is a question to be resolved on the facts of the case. There is no magic formula. One must look to the reality of what the third party was communicating to the insured by words and conduct. If the message was clear, the fact that the third party through politeness refrained from stating its demand or intention to hold the insured liable in categorical legal terms should not preclude a finding that a claim has been made. Where the reasonable insured in all the circumstances would conclude that a third party was making a claim against him or her in the sense that

une demande d'un type quelconque, mais aussi que le libellé de la police donnée appuie la conclusion que l'on a voulu donner aux termes leur sens ordinaire.

Dans le présent pourvoi, la police est loin d'être claire sur le sens du terme «réclamation». Comme je l'ai déjà affirmé, la police laisse supposer que l'allégation de négligence peut constituer une réclamation et elle n'établit pas de distinction entre une demande officielle et une expression moins officielle d'une intention d'intenter une poursuite que la personne raisonnable interpréterait comme une réclamation. En conséquence, la jurisprudence permet de conclure qu'il peut y avoir réclamation en l'absence d'une demande officielle. En fait, dans un arrêt américain dans lequel le libellé de la police visée était fort semblable à celui de la police de *Simcoe & Erie* (*J. G. Link & Co. c. Continental Casualty Co.*, 470 F.2d 1133 (9th Cir. 1972), *certiorari* refusé 414 U.S. 829 (1973)), le tribunal a conclu que la police était ambiguë quant au sens du terme «réclamation»—et qu'il considérait donc la réclamation comme ayant été présentée pendant la période d'assurance lorsque l'architecte assuré a reçu, au cours de la période en question, une plainte relative au craquement d'un plancher.

Dans l'application de la jurisprudence, il importe aussi d'examiner les faits de l'affaire en question. On exige une certaine forme de demande ou de déclaration de responsabilité et non une demande ou une déclaration officielle de responsabilité, sauf dans le cas où la police l'exige expressément. En vertu d'une police comme en l'espèce, qui ne renferme aucune exigence explicite quant à une demande officielle ou à toute autre demande, la question de savoir s'il y a eu «présentation» d'une réclamation sera tranchée en fonction des faits de l'affaire. Il n'y a pas de formule magique. Il faut examiner ce que le tiers a communiqué à l'assuré par ses paroles et sa conduite. Si le message est clair, le fait que le tiers s'est, par politesse, abstenu de formuler en termes juridiques catégoriques sa demande ou son intention de tenir l'assuré responsable ne devrait pas empêcher la conclusion qu'il y a eu présentation d'une réclamation. Lorsqu'un assuré raisonnable conclurait, dans

if satisfactory payment or other form of reparation were not made the third party would sue, then it may be said that a claim has been made, even though a formal statement of liability and/or demand has not been tendered.

The need to consider the reasonable expectations of the parties in determining whether a claim is being made finds some support in the authorities. For example, in *Continental Casualty Co. v. Robert McLellan & Co.*, [1973] 5 W.W.R. 475 (B.C.S.C.), Monroe J. refused to give the word "claim" a narrow meaning in a case where the interpretation would have affected the insured's deductible, on the ground that the word "claim" should not be read in a way that would defeat the intention of the parties (the insured and insurer) as deduced from the circumstances (at p. 479):

It cannot have been the intention of the parties that delay on the part of the claimants in making formal claim against the defendant should redound to benefit the plaintiff to the detriment of the defendant in the circumstances above related.

In American case law, *Hoyt v. St. Paul Fire and Marine Insurance Co.*, *supra*, is of interest to the matter at hand. The insured was a solicitor sued for negligent drafting of a will. The issue in that case was whether a letter from the estate's attorney asking for an explanation of the error in the will could be considered a claim within the policy. The majority found that the wording of the policy required a more formal demand, distinguishing *J. G. Link & Co. v. Continental Casualty Co.*, *supra*. (It may be noted that the wording in the policy on this appeal is more like that in *Link* than that in *Hoyt*.) The dissenting judge would have found *Link* to be indistinguishable, but also argued at pp. 867-68 for finding a claim had been made on the basis of the reasonable understanding of the

toutes les circonstances, qu'un tiers lui a présenté une réclamation en ce sens qu'il a compris qu'une poursuite serait intentée contre lui à défaut d'un paiement satisfaisant ou d'une autre forme de réparation, on peut affirmer qu'il y a eu présentation d'une réclamation, même sans demande ou déclaration de responsabilité officielles.

Certains arrêts appuient la nécessité de tenir compte des attentes raisonnables des parties lorsque l'on détermine s'il y a eu présentation d'une réclamation. Par exemple, dans l'arrêt *Continental Casualty Co. c. Robert McLellan & Co.*, [1973] 5 W.W.R. 475 (C.S.C.-B.), le juge Monroe a refusé de donner au terme «réclamation» une interprétation restreinte dans un cas où une telle interprétation aurait eu une incidence sur la franchise, parce que, à son avis, il ne faudrait pas interpréter le terme «réclamation» de façon à contrecarrer l'intention des parties (l'assuré et l'assureur) que l'on peut déduire des circonstances, à la p. 479:

[TRADUCTION] Les parties ne peuvent avoir eu l'intention que le retard mis par les réclamants à présenter une réclamation officielle contre le défendeur profite au demandeur au détriment du défendeur dans les circonstances que j'ai mentionnées.

Dans la jurisprudence américaine, l'arrêt *Hoyt c. St. Paul Fire and Marine Insurance Co.*, précité, présente un intérêt particulier en l'espèce. L'assuré était un avocat poursuivi pour négligence dans la rédaction d'un testament. Dans cet arrêt, il s'agissait de savoir si une lettre envoyée par l'avocat de la succession demandant une explication de l'erreur contenue dans le testament pouvait être considérée comme une réclamation au sens de la police. La cour, à la majorité, a conclu que le libellé de la police exigeait une demande plus officielle, faisant une distinction d'avec l'arrêt *J. G. Link & Co. c. Continental Casualty Co.*, précité. (Dans le présent pourvoi, le libellé de la police ressemble davantage à celui dont il était question dans l'arrêt *Link* qu'à celui de l'arrêt *Hoyt*.) Le juge dissident n'aurait pas établi de distinction par rapport à l'arrêt *Link* et il était d'avis qu'il y avait eu présentation d'une réclamation sur le fondement de ce que l'assuré pouvait raisonnablement comprendre, dans les cir-

insured in the circumstances of the intentions of the estate's solicitor:

Hoyt maintains the April 5th letter was within a broad definition of the meaning of a "claim"; *i.e.*, a mere notice that there may have been some negligence on his part in rendering a legal service.

While I do not fully subscribe to Hoyt's expansive definition of a "claim," I do agree with Hoyt's contention that a claim of professional malfeasance was made against him through the content of the April 5th letter well within the policy period. The April 5th letter clearly asserts a claimed financial loss to the Cope estate resulting from a questioned professional practice by Hoyt. It would be foolhardy for any reasonable attorney to interpret Henry's polite request for Hoyt's thinking or information on the matter as other than a claim to justify the challenged professional practice or pay up.

A non-technical view of what constitutes a claim was similarly taken in *St. Paul Fire and Marine Insurance Co. v. Guardian Insurance Co. of Canada*, *supra*. The issue under consideration was whether a claim had been made when a suit was filed but not served upon the insured (or otherwise brought to the insured's attention). Goodman J.A., in the course of his reasons, stated at p. 286:

A claim, other than one made by way of the institution of legal proceedings, can only be made by notifying the person against whom the claim is being asserted of such claim.

Of note, Goodman J.A. did not suggest that such notification must be formal or express. Meanwhile, Thorson J.A. (Houlden J.A. concurring) expressed the view at p. 294 that:

... a claim ... is "made" by being notified to or otherwise brought to the attention of the person against whom it is asserted. However that is done, the essence of the making of the claim is that the substance of the claim is in fact "brought home to" that person. [Emphasis added.]

For a similar analysis, see *Peacock v. Roberts*, *supra*.

constances, des intentions de l'avocat de la succession (aux pp. 867 et 868):

[TRADUCTION] Hoyt soutient que la lettre du 5 avril constitue une réclamation au sens large, soit un simple avis établissant une possibilité de négligence de sa part dans la prestation d'un service juridique.

Bien que je ne sois pas entièrement d'accord avec la définition libérale donnée au terme «réclamation» par Hoyt, j'estime, comme lui, qu'une réclamation pour inconduite professionnelle a été présentée contre lui en raison du contenu même de la lettre du 5 avril envoyée pendant la période d'assurance. La lettre du 5 avril établit clairement que la succession Cope a subi une perte financière en raison d'une pratique professionnelle douteuse de Hoyt. Il serait téméraire pour tout avocat raisonnable d'interpréter la demande polie de renseignements sur la question adressée par Henry à Hoyt comme autre chose qu'une réclamation visant à obtenir de lui qu'il justifie la conduite professionnelle contestée ou qu'il paie.

On a aussi adopté un point de vue non technique de ce qui constitue une réclamation dans l'arrêt *St. Paul Fire and Marine Insurance Co. c. Guardian Insurance Co. of Canada*, précité. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si une réclamation avait été présentée dans le cas où une action en justice avait été déposée, mais non signifiée à l'assuré (ou autrement portée à son attention). Dans ses motifs, le juge Goodman affirme, à la p. 286:

[TRADUCTION] Une réclamation, autre qu'une action en justice, ne peut être présentée que par un avis à la personne contre qui elle est dirigée.

Il importe de signaler que le juge Goodman n'a pas proposé qu'il doit s'agir d'un avis officiel ou explicite. Le juge Thorson (avec l'appui du juge Houlden) a par ailleurs exprimé l'opinion suivante, à la p. 294:

[TRADUCTION] ... une réclamation [...] est «présentée» si elle est notifiée à la personne contre qui elle est dirigée ou autrement portée à son attention. Toutefois, quelle que soit la façon dont la réclamation est présentée, il s'agit essentiellement de vraiment en «faire comprendre» la substance à cette personne. [Je souligne.]

Pour une analyse semblable, voir l'arrêt *Peacock c. Roberts*, précité.

In the case on appeal, it can be convincingly argued that a reasonable person in the position of Reid Crowther surely would have inferred that the town was making a claim against it when, on September 25, the town foreman showed Reid Crowther's on-site engineer the further damage that had been discovered, and commented that the work was typical of the job done by the general contractor on the project and approved by Reid Crowther. This argument is even more convincing in relation to the events which occurred on September 29—the damage was videotaped and further comments critical of the general contractor's work and Reid Crowther's supervision were made to Reid Crowther's representatives by the town foreman. A claim had already been made against Reid Crowther for negligent inspection of the same project. Reid Crowther had acknowledged its negligence in supervision of the general contractor and had paid for the previous repairs upon the demand of the town. There could be no doubt about the town's intentions in late September as to the newly discovered damage; the town expected Reid Crowther to pay for the cost of the remedial work, as it had for other related remedial work. Reid Crowther took this meaning; its Winnipeg office immediately communicated with its head office, which in turn immediately contacted its insurance representative. Everyone knew what had happened at the meetings at the site—an assertion of Reid Crowther's liability, and a demand for compensation, had in effect been made. To borrow the words of *St. Paul Fire and Marine Insurance Co. v. Guardian Insurance Co. of Canada*, *supra*, the substance of the claim had been brought home to Reid Crowther before the policy expired.

Simcoe & Erie might have drafted the policy so as to require a formal written demand for coverage to be triggered. Having chosen not to do so, it must accept that the facts and circumstances may establish a demand and/or assertion of liability suffi-

En l'espèce, on peut soutenir avec conviction qu'une personne raisonnable dans la situation de Reid Crowther aurait sûrement déduit que la ville présentait une réclamation contre elle lorsque le contremaître de la ville a, le 25 septembre, montré à l'ingénieur de chantier les autres dommages qui avaient été découverts et qu'il lui a dit qu'ils étaient représentatifs du travail effectué par l'entrepreneur général dans le cadre du projet et approuvé par Reid Crowther. Cet argument est encore plus convaincant par rapport aux événements qui se sont produits le 29 septembre—c'est ce jour là que les dommages ont été filmés sur bande magnéto-copique et que le contremaître de la ville a fait aux représentants de Reid Crowther d'autres commentaires critiquant le travail de l'entrepreneur général et la supervision des travaux par Reid Crowther. Une réclamation avait déjà été présentée contre Reid Crowther pour négligence dans l'inspection des travaux réalisés dans le cadre du même projet. Reid Crowther avait reconnu sa négligence dans la supervision de l'entrepreneur général et avait assumé le coût des réparations antérieures à la demande de la ville. Il ne pouvait y avoir aucun doute quant aux intentions de la ville à la fin de septembre relativement aux dommages qui venaient d'être découverts; la ville s'attendait que Reid Crowther assume le coût des réparations comme elle l'avait fait pour les autres réparations. C'est ce qu'a compris Reid Crowther; son bureau de Winnipeg a immédiatement communiqué avec son siège social, qui, lui, a immédiatement communiqué avec son représentant d'assurance. Tout le monde savait ce qui s'était passé lors des rencontres sur le chantier—c'est-à-dire, qu'il y avait eu une déclaration de la responsabilité de Reid Crowther et une demande d'indemnisation. Pour reprendre les propos de l'arrêt *St. Paul Fire and Marine Insurance Co. c. Guardian Insurance Co. of Canada*, précité, on a fait comprendre à Reid Crowther la substance de la réclamation avant l'expiration de la police.

Simcoe & Erie aurait pu rédiger la police de façon à exiger une demande écrite officielle pour déclencher l'application de la garantie. Comme elle ne l'a pas fait, elle doit accepter que les faits et circonstances peuvent servir à établir une demande

cient to constitute a "claim" within the wording of the policy. Here, in my opinion, they do. In concluding that the claim was not made within the policy period, the trial judge did not consider whether a claim could be made by way of something less than an express demand by the town. It is therefore open to this Court to substitute its own finding on this issue.

The conclusions of law and fact that I have reached on this issue are not inconsistent with *Stevenson v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, *supra*, and *Defrancesco v. Stivala*, *supra*. In *Stevenson v. Simcoe & Erie General Insurance Co.* a letter expressing dissatisfaction of site supervision conducted by the insured was held to not constitute a claim. The letter had not demanded any compensation, and made no threat to launch legal proceedings. Moreover, the letter indicated that if there were further evidence of inadequate supervision, the insured would lose future government work. This last aspect of the letter would seem to indicate that the government (who was the party making the complaint) did not at the time of writing the letter intend to seek compensation as a remedy for the subject-matter of its complaint.

In *Defrancesco v. Stivala*, *supra*, an insurance broker had liability insurance coverage for the period September 1981 to October 5, 1982, which coverage applied "as respects claims first made against the Insured during the Policy Period". The broker was negligent in dealing with the obtaining of automobile insurance coverage in April 1982 for a customer, as a result of which negligence the customer's insurance was invalid. The customer was involved in a motor vehicle accident on September 23, 1982. On October 4, 1982, the broker was informed of the accident. He was by then aware that there was a problem with the customer's insurance, due to an inquiry from the customer's wife in late September. However, no demand for compensation had been made of him. In fact, he had not even as yet been advised that the customer considered him to be at fault for the insurance being invalid. The broker did not advise his

ou une déclaration de responsabilité qui permettront de constituer une «réclamation» au sens de la police. À mon avis, c'est ce qui se passe en l'es-pèce. En concluant que la réclamation n'avait pas été présentée pendant la période d'assurance, le juge de première instance n'a pas examiné si une réclamation pouvait être présentée autrement que par une demande explicite de la ville. Notre Cour peut donc substituer sa propre conclusion sur cette question.

Mes conclusions de droit et de fait sur cette question ne sont pas incompatibles avec les arrêts *Stevenson c. Simcoe & Erie General Insurance Co.* et *Defrancesco c. Stivala*, précités. Dans *Stevenson c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, on a conclu qu'une lettre d'insatisfaction quant à la supervision du chantier par l'assuré ne constituait pas une réclamation. La lettre ne renfermait aucune demande d'indemnisation ni de menaces de poursuites. Elle précisait en outre que le gouvernement ne lui donnerait plus de travail s'il se présentait d'autres indices de mauvaise supervision. Ce dernier aspect de la lettre semblerait indiquer que le gouvernement (qui était l'auteur de la plainte) n'avait pas l'intention au moment de l'envoi de la lettre de chercher à obtenir une indemnisation relativement à l'objet de sa plainte.

Dans l'arrêt *Defrancesco c. Stivala*, précité, un courtier d'assurances était protégé par une assurance responsabilité entre septembre 1981 et le 5 octobre 1982 relativement [TRADUCTION] «aux réclamations présentées pour la première fois contre l'assuré pendant la période d'assurance». Le courtier a agi avec négligence relativement à l'obtention, en avril 1982, d'une assurance automobile pour le compte d'un client dont l'assurance n'était pas, de ce fait, valide. Le client a été impliqué dans un accident d'automobile le 23 septembre 1982. Le courtier a été informé de l'accident le 4 octobre 1982. Il savait alors, par suite d'une demande de renseignements que l'épouse du client lui avait adressée à la fin de septembre, que l'assurance posait un problème. Toutefois, aucune demande d'indemnisation ne lui avait été adressée. En fait, il n'avait pas encore été avisé que le client estimait que c'était sa faute si l'assurance n'était pas valide.

liability insurers of the potential claim until after the expiry of the policy. In dealing with the issue of whether claim had first been made against the broker during the policy period, Rutherford J. held at trial that because the broker knew as of October 4 that he had erred, that the claim was "made" ("brought home" to the broker) on October 4. The Ontario Court of Appeal, following *St. Paul Fire and Marine Insurance Co. v. Guardian Insurance Co. of Canada*, *supra*, disagreed, stating at p. 2107:

The policy in issue was clearly a claims made policy. It provided indemnity only if a claim was made within the policy period. In practical terms that meant that a claim had to be made after September 23, 1982 when Stivala was involved in an accident and before October 5, 1982 when the policy expired. No claim was made in that period. The fact that the respondent realized that he had made an error within the policy period does not mean that a claim as contemplated by the plain wording of the contract of insurance was made at that time.

The facts of that case are clearly distinguishable from the matter at hand. Reid Crowther not only knew of its negligence: it knew the town viewed Reid Crowther as having been negligent; it had previously admitted its negligence on the project; it had paid compensation for the previous claim arising from the same negligence; and, it knew the town considered the further damages that were discovered in September 1981 to have resulted from the same negligence. The facts of the matter at hand go far beyond a mere inquiry, or a mere suspicion on the part of the insured that there may be a demand at some point in the future.

V. Conclusion

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Le courtier n'a mis ses assureurs en responsabilité au courant de la réclamation possible qu'après l'expiration de la police. Pour ce qui est de savoir si la réclamation avait été présentée pour la première fois contre le courtier pendant la période d'assurance, le juge Rutherford a conclu en première instance que, parce que le courtier savait le 4 octobre qu'il avait commis une erreur, la réclamation avait été «présentée» (qu'on l'avait «fait comprendre» au courtier) à cette date. Appliquant l'arrêt *St. Paul Fire and Marine Insurance Co. c. Guardian Insurance Co. of Canada*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a exprimé un avis contraire à la p. 2107:

[TRADUCTION] La police constitue de toute évidence une police sur la base des réclamations. Elle prévoit le versement d'une indemnité seulement dans le cas où une réclamation est présentée au cours de la période d'assurance. En pratique, cela signifie qu'une réclamation devait être présentée après le 23 septembre 1982, date de l'accident de Stivala, mais avant le 5 octobre 1982, date d'expiration de la police. Aucune réclamation n'a été présentée au cours de cette période. Le fait que l'intimé s'est rendu compte de son erreur au cours de la période d'assurance ne signifie pas qu'une réclamation a été présentée au sens où on l'entend habituellement dans le contrat d'assurance.

Les faits dans cette affaire sont clairement différents de ceux de l'espèce. Non seulement la firme Reid Crowther était au courant de sa négligence, elle savait également que la ville considérait qu'elle avait été négligente; elle avait auparavant reconnu sa négligence relativement au projet; elle avait payé une indemnisation au titre de la réclamation antérieure découlant de la même négligence, et enfin, elle savait que la ville estimait que les dommages additionnels découverts en septembre 1981 résultaient de la même négligence. D'après les faits, il y a eu davantage qu'une simple demande de renseignements ou qu'un simple doute dans l'esprit de l'assuré quant à la possibilité d'une demande future.

V. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

*Solicitors for the appellant: Campbell, Marr,
Winnipeg.*

*Procureurs de l'appelante: Campbell, Marr,
Winnipeg.*

*Solicitors for the respondent: Fillmore & Riley,
Winnipeg.*

*Procureurs de l'intimée: Fillmore & Riley,
a Winnipeg.*

**Paulette Giroux and Marcel
Mercier** *Appellants*

v.

Caisse populaire de Maniwaki *Respondent*

and

Assurance-vie Desjardins *Respondent*

and

**Registrar of Gatineau Registration
Division** *Mis en cause*

INDEXED AS: CAISSE POPULAIRE DE MANIWAKI v.
GIROUX

File No.: 22608.

1992: October 13; 1993: January 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Insurance — Disability insurance — Cessation of dis-
ability — Burden of proof — Payments already made
under policy — Point at which insurer's payments may
be interrupted — Civil Code of Lower Canada,
art. 1203.*

The appellant Giroux obtained a hypothecary loan from the respondent Caisse populaire. This loan, which was guaranteed by the appellant Mercier, was accompanied by a life insurance contract issued by the respondent insurance company. This policy included a guarantee in the event of disability. Some two years later, a back injury prevented the insured from performing her normal activities and required her to undergo numerous treatments. The insurer accepted her claim and, pursuant to the policy, paid the Caisse the interest owed on the debt. The insurer stopped paying interest the following year after the insured refused to provide it with a medical certificate attesting to her condition. The Caisse brought an action against the appellants for their failure to fulfil their commitments under the deed of hypothec and they brought an action in warranty against the insurer. The Superior Court allowed the Caisse's action

**Paulette Giroux et Marcel
Mercier** *Appelants*

a c.

Caisse populaire de Maniwaki *Intimée*

et

b

Assurance-vie Desjardins *Intimée*

et

c

**Le registraire de la division
d'enregistrement de Gatineau** *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: CAISSE POPULAIRE DE MANIWAKI *c.*
d GIROUX

N° du greffe: 22608.

1992: 13 octobre; 1993: 21 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

f *Assurances — Assurance-invalidité — Cessation
d'invalidité — Fardeau de la preuve — Versements déjà
effectués en vertu de la police — Moment où les verse-
ments de l'assureur peuvent être interrompus — Code
civil du Bas-Canada, art. 1203.*

g

L'appelante Giroux contracte un emprunt hypothécaire auprès de la Caisse populaire intimée. Cet emprunt, cautionné par l'appellant Mercier, est assorti d'un contrat d'assurance-vie délivré par la compagnie d'assurance intimée. Cette police comprend une garantie en cas d'invalidité. Environ deux ans plus tard, une blessure au dos empêche l'assurée de vaquer normalement à ses occupations et l'oblige à subir de nombreux traitements. L'assureur accepte sa réclamation et, conformément à la police, paye à la Caisse les intérêts dus sur la dette. L'assureur cesse les paiements d'intérêts l'année suivante après que l'assurée eut refusé de lui fournir un certificat médical attestant son état. Poursuivis par la Caisse pour manquement à leurs engagements prévus à l'acte hypothécaire, les appelants exercent un recours en garantie contre l'assureur. La Cour supérieure accueille l'action de la Caisse et rejette la demande en garantie.

and dismissed the action in warranty. The trial judge found that the preponderance of the medical evidence indicated that the insured was not suffering from a chronic disability. He was of the view that the onus of proof was on the insured. The Court of Appeal dismissed the appellants' appeal. The only issue in this appeal is the following: when payments have been made under a disability insurance contract, does the onus shift to the insurer to establish that the insured is no longer disabled before payments may be discontinued?

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per La Forest, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.: Under the insurance contract, the insured has a contractual obligation to establish his disability in order for the insurer to have an obligation to pay and it is also the insured who is obliged to provide proof of continuing disability at the insurer's request. The fact that the insurer makes payments establishes simply that it admits the disability and not that it considers it permanent. The insurer's obligation to pay will terminate under clause 3 of the policy if the medical report provided under clause 9 shows that the insured's condition no longer amounts to a disability. A refusal by the insured to provide satisfactory proof of continuation of the disability himself or to undergo a medical examination by a physician designated by the insurer constitutes non-performance of a contractual obligation and the insurer may then cease performing its own obligations. Cessation of payments by the insurer then rests on the rule of the exception for non-performance and the insured's physical condition does not come into play.

The insured's contractual obligation to provide evidence of continuation of the disability must however be distinguished from the burden of proof in a judicial context. Under the second paragraph of art. 1203 C.C.L.C., it is the person claiming extinction of an obligation who must prove the facts to support the claim. In this case, the insurer incurred a debt to the insured at the time of the accident by virtue of the occurrence of the risk and the insured then had a claim against the insurer. The onus is accordingly on the insurer to establish the extinction of its obligation by showing that the disability had ceased. The change in the insured's condition is a fact which alters the relations between the parties. Since it is the insurer which alleges the change in situation, it must prove it.

Le juge de première instance constate que la preuve médicale prépondérante indique que l'assurée ne souffre pas d'incapacité chronique. En ce qui concerne le fardeau de la preuve, il considère qu'il reposait sur l'assurée. La Cour d'appel rejette l'appel interjeté par les appelants. La seule question en litige dans le présent pourvoi est la suivante: lorsque des paiements ont été faits en vertu d'un contrat d'assurance-invalidité, l'assureur assume-t-il le fardeau de prouver que l'assurée ne souffre plus d'invalidité avant d'interrompre les paiements?

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory: En vertu du contrat d'assurance, c'est l'assuré qui a l'obligation contractuelle de faire la preuve de son invalidité pour que l'obligation de payer de l'assureur prenne naissance et c'est également l'assuré qui a l'obligation de fournir, à la demande de l'assureur, des preuves de la continuation de son invalidité. Le fait que l'assureur effectue des versements démontre simplement qu'il admet l'invalidité et non qu'il la considère permanente. L'obligation de payer de l'assureur prendra fin en vertu de la clause 3 de la police si, selon le rapport médical fourni en vertu de la clause 9, l'état de l'assuré ne correspond plus à une invalidité. Un refus de l'assuré de fournir lui-même des preuves satisfaisantes quant à la continuation de son invalidité ou de se soumettre à un examen médical par un médecin désigné par l'assureur constitue l'inexécution d'une obligation contractuelle, et l'assureur peut alors cesser l'exécution de ses propres obligations. La cessation des versements de l'assureur repose alors sur la règle de l'exception d'inexécution et l'état physique de l'assuré n'entre pas en ligne de compte.

L'obligation contractuelle de l'assuré de fournir les preuves de la continuation de l'invalidité doit cependant être distinguée du fardeau de la preuve dans le contexte judiciaire. En vertu du second alinéa de l'art. 1203 C.c.B.-C., c'est la personne qui réclame l'extinction d'une obligation qui doit justifier les faits sur lesquels est fondée sa contestation. En l'espèce, l'assureur est devenu débiteur de l'assurée au moment de l'accident en raison de la réalisation du risque et l'assurée détenait alors une créance vis-à-vis de l'assureur. Il incombe donc à l'assureur d'établir l'extinction de son obligation en démontrant la cessation de l'invalidité. Le changement d'état de l'assurée est un fait qui modifie la relation entre les parties. Puisque c'est l'assureur qui invoque ce changement de situation, il doit le prouver.

Although the trial judge erred in imposing the burden of proof on the insured, his conclusions, affirmed by the Court of Appeal, are not in error. The trial judge did not have the least hesitation as to the evidence presented by both parties' experts establishing the cessation of the disability, without having to consider the burden of proof to make his decision.

The insurer does not have to prove that the disability has ceased before interrupting payments. The insurance contract is a bilateral contract. Under the present policy, the insurer is required to pay the interest to the Caisse in the event that the insured is disabled, and the insured must provide evidence of the continuation of her disability, at the insurer's request. If the evidence of continuing disability is not "satisfactory" in the eyes of the insurer (clause 9), it may no longer consider the insured to be disabled and cease payments (clause 3). If there is a dispute as to disability, the insurer cannot be forced to continue the payments until judgment is given. The court which resolves the dispute will decide whether the disability has ceased and what benefits may be claimed, and if the benefits are insufficient, in light of the court's finding as to the date when the disability ceased, there will be an award accordingly with interest on the arrears, if any. The right to benefit is dependent on the existence of the disability and not on the date of the judgment resolving the dispute. Moreover, if the insured does not fulfil her contractual obligation to provide the evidence requested, the insurer may interrupt performance of its obligation under the exception for non-performance.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): While agreeing with the majority on the merits of the case, in view of the prism through which the trial judge viewed the evidence, the ends of justice would be better served by a rehearing during which the appropriate rules of evidence would be applied.

Cases Cited

Referred to: Blackstone v. Mutual Life Insurance Co. of New York, [1945] 1 D.L.R. 165.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada, arts. 1203, 2468 [repl. 1974, c. 70, s. 2], 2472 [*idem*], 2500 [*idem*; am. 1979, c. 33, s. 47], 2535 [repl. 1974, c. 70, s. 2].
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 59.
Code Napoléon, art. 1315.
Act respecting insurance, R.S.Q., c. A-32.

Bien que le juge de première instance ait commis une erreur en imposant le fardeau de la preuve à l'assurée, ses conclusions, confirmées par la Cour d'appel, ne sont pas erronées. Le premier juge n'a pas eu la moindre hésitation quant aux preuves présentées par les experts des deux parties établissant la fin de l'invalidité, sans avoir à considérer le fardeau de la preuve pour en décider.

L'assureur n'a pas à faire la preuve de la cessation de l'invalidité avant d'interrompre les paiements. Le contrat d'assurance est synallagmatique. En vertu de la présente police, l'assureur est tenu de payer les intérêts à la Caisse en cas d'invalidité de l'assurée, et celle-ci doit faire la preuve de la continuation de son invalidité, à la demande de l'assureur. Si la preuve de la continuation de l'invalidité n'est pas «satisfaisante» aux yeux de l'assureur (clause 9), il peut ne plus considérer l'assurée comme invalide et cesser les versements (clause 3). En cas de litige sur la question de l'invalidité, l'assureur ne peut être forcé de continuer les paiements tant qu'un jugement n'est pas rendu. Le tribunal chargé de trancher le litige décidera de la cessation de l'invalidité et des prestations exigibles et, si les prestations sont insuffisantes, eu égard à la conclusion du tribunal quant à la date de cessation de l'invalidité, il y aura condamnation en conséquence avec intérêts sur les arrérages, s'il en est. Le droit aux prestations est fonction de l'existence de l'invalidité et non de la date du jugement tranchant le litige. Par ailleurs, si l'assurée ne remplit pas son obligation contractuelle de fournir les preuves demandées, l'assureur peut interrompre l'exécution de son obligation en vertu de l'exception d'inexécution.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Tout en étant d'accord avec la majorité sur le fond du litige, vu le prisme à travers lequel le juge de première instance a analysé la preuve, les fins de la justice seront mieux servies par une nouvelle audition au cours de laquelle les règles de preuve appropriées seront appliquées.

Jurisprudence

Arrêt mentionné: Blackstone c. Mutual Life Insurance Co. of New York, [1945] 1 D.L.R. 165.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada, art. 1203, 2468 [repl. 1974, ch. 70, art. 2], 2472 [*idem*], 2500 [*idem*; mod. 1979, ch. 33, art. 47], 2535 [repl. 1974, ch. 70, art. 2].
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 59.
Code Napoléon, art. 1315.
Loi sur les assurances, L.R.Q., ch. A-32.

Authors Cited

- Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1989.
- Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 3, 3^e éd. Avec la collaboration de L. Barde. Paris: Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey, 1908.
- Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance*. Sherbrooke: SEM Inc., 1989.
- Bergeron, Jean-Guy. "Les problèmes de preuve en droit des assurances" (1992), 22 *R.D.U.S.* 411.
- Demolombe, Charles. *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 6. Paris: Imprimerie générale, 1879.
- Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 6. Montréal: C. Théoret, 1902.
- Perrot, Roger. "La charge de la preuve en matière d'assurance" (1961), 32 *Rev. gén. ass. terr.* 5.
- Simard Jr., François-Xavier, et Gabrielle De K. Marceau. *Le droit des assurances terrestres depuis 1976*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1988.
- Traité de droit civil du Québec*, t. 9, par André Nadeau et Léo Ducharme. Montréal: Wilson & Lafleur, 1965.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1991] R.R.A. 884, affirming a judgment of the Superior Court, [1988] R.J.Q. 430. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Paulette Giroux, in person.

No one appeared for the appellant Mercier.

Jean Trépanier, for the respondent Caisse populaire de Maniwaki.

Gilles de Billy, Q.C., and *Odette Jobin-Laberge*, for the respondent Assurance-vie Desjardins.

English version of the judgment of La Forest, Sopinka, Gonthier and Cory JJ. delivered by

GONTHIER J.—The issue to be determined in this case is who, the insurer or the insured, must prove cessation of disability when the insurance company has already made payments under a disability insurance policy. This Court must also decide at what point, in relation to when the evidence is

Doctrine citée

- Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1989.
- Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 3, 3^e éd. Avec la collaboration de L. Barde. Paris: Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey, 1908.
- Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance*. Sherbrooke: SEM Inc., 1989.
- Bergeron, Jean-Guy. «Les problèmes de preuve en droit des assurances» (1992), 22 *R.D.U.S.* 411.
- Demolombe, Charles. *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 6. Paris: Imprimerie générale, 1879.
- Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 6. Montréal: C. Théoret, 1902.
- Perrot, Roger. «La charge de la preuve en matière d'assurance» (1961), 32 *Rev. gén. ass. terr.* 5.
- Simard Jr., François-Xavier, et Gabrielle De K. Marceau. *Le droit des assurances terrestres depuis 1976*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1988.
- Traité de droit civil du Québec*, t. 9, par André Nadeau et Léo Ducharme. Montréal: Wilson & Lafleur, 1965.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1991] R.R.A. 884, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1988] R.J.Q. 430. Pourvoi rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Paulette Giroux, en personne.

Personne n'a comparu pour l'appellant Mercier.

Jean Trépanier, pour l'intimée la Caisse populaire de Maniwaki.

Gilles de Billy, c.r., et *Odette Jobin-Laberge*, pour l'intimée l'Assurance-vie Desjardins.

Le jugement des juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory a été rendu par

LE JUGE GONTHIER—Ce litige demande de déterminer qui, de l'assureur ou de l'assuré, doit faire la preuve de la cessation d'invalidité lorsque la compagnie d'assurance a déjà effectué des versements en vertu d'une police assurance-invalidité. Cette Cour doit également se prononcer sur le

presented, the payments by the insurance company may be interrupted.

I — Facts and Proceedings

On August 16, 1979, the appellant Giroux obtained a hypothecary loan from one of the respondents, the Caisse populaire de Maniwaki (hereinafter the “Caisse populaire”) for the purpose of purchasing a farm where she intended to raise animals, namely horses and goats. Her husband, Mr. Mercier, guaranteed the loan.

The loan was accompanied by a life insurance contract issued by the other respondent, Assurance-vie Desjardins (hereinafter “AVD”). The policy provided, *inter alia*, for the payment of interest on the principal owing in the event of total disability during the term of the loan.

The policy contained the following relevant provisions:

1 — DEFINITIONS: . . .

- 1) TOTAL DISABILITY: The total incapacity, as certified by a physician, of performing any occupation for remuneration and all normal activities of a person of the same age as a result of an illness or an accident.

. . .

3 — AMOUNT OF INSURANCE

When a borrower under age 60 becomes totally disabled after the benefit has become effective and remains so for a continuous period of at least 3 months, the insurer pays to the savings and credit union as of the beginning of the disability the interest on the net debt at the rate in force at the beginning of the total disability, as stipulated in the written agreement between the savings and credit union and its borrower.

However, if the total disability is declared permanent by the insurer, the latter pays in advance to the savings and credit union the benefits provided for under the GENERAL PROVISIONS of the policy at the time the total disability is declared permanent by the insurer.

The payment of benefits ends automatically on the first of the following events: when the borrower is no longer

moment, par rapport à la présentation de la preuve, où les versements par la compagnie d'assurance peuvent être interrompus.

a I — Les faits et les procédures

Le 16 août 1979, l'appelante, M^{me} Giroux, contracte un emprunt hypothécaire auprès de l'une des intimées, la Caisse populaire de Maniwaki (ci-après «la Caisse populaire») en vue de l'achat d'une ferme où elle compte faire de l'élevage d'animaux, chevaux et chèvres. Son époux, M. Mercier, cautionne l'emprunt.

c L'emprunt est assorti d'un contrat d'assurance-vie émis par l'autre intimée, l'Assurance-vie Desjardins (ci-après «AVD»). La police prévoit notamment le paiement des intérêts sur le capital dû en cas d'invalidité totale pendant la durée du prêt.

La police contient les dispositions pertinentes suivantes:

e 1 — DÉFINITIONS: . . .

- 1) INVALIDITÉ TOTALE: L'incapacité absolue constatée par un médecin de se livrer à tout travail rémunérateur et d'exercer chacune des activités normales d'une personne du même âge à la suite d'une maladie ou d'un accident.

. . .

g 3 — SOMME ASSURÉE

Lorsqu'un emprunteur âgé de moins de 60 ans devient totalement invalide après l'entrée en vigueur de la garantie pendant une période continue d'au moins 3 mois, l'assureur verse à la caisse, à compter du début de l'invalidité totale, les intérêts sur la dette nette au taux en vigueur au début de l'invalidité totale, selon l'entente écrite entre la caisse et son emprunteur.

i Si l'invalidité totale est déclarée permanente par l'assureur, celui-ci paie à la caisse par anticipation, la somme assurée prévue aux dispositions générales de la police au moment où l'invalidité est déclarée permanente par l'assureur.

j Les prestations cessent d'office au premier des événements suivants: lorsque l'emprunteur n'est plus totale-

totally disabled or when he reaches 65 years of age or when the loan is fully refunded.

The savings and credit union must refund to the borrower insured under this benefit the instalments he made during the period extending from the beginning of his total disability up to the date on which the insurer accepts the evidence of total disability. If not, the savings and credit union must apply the benefits paid by the insurer to the net debt of the borrower.

9 — EVIDENCE OF TOTAL DISABILITY

When a claim is made, the savings and credit union must provide satisfactory evidence to the insurer regarding the nature of the total disability, the date of birth, the amount and the nature of the loan of the insured borrower.

The insurer may, at any time, require that the insured borrower be examined by a physician designated by the insurer.

On January 1, 1982, the policy was replaced by a new contract which applied to current loans. The amendments were not significant and pertain more to form than to substance. Clause 9 of the contract between Ms. Giroux and AVD now read as follows:

9 — EVIDENCE OF TOTAL DISABILITY

When a claim is made, the borrower must provide the savings and credit union with evidence satisfactory to the insurer of his total disability.

The insurer may at any time during the total disability require that the borrower:

- 1) provide satisfactory proof that he is still totally disabled;
- 2) be examined by a physician designated by the insurer.

On May 31, 1981, Ms. Giroux suffered injuries to her back while planting a shrub. This accident caused pain and suffering, required her to undergo numerous treatments and prevented her from performing her normal activities.

It seems that at the time Ms. Giroux entered into the contract with AVD she did not realize that the insurance contract included disability coverage. In fact, it was only in January 1983, when she was

ment invalide ou lorsqu'il atteint 65 ans ou encore lorsque l'emprunt est totalement remboursé.

La caisse doit rembourser à un emprunteur admis à cette garantie les versements qu'il a effectués pendant la période du début de son invalidité totale jusqu'à la date d'acceptation des preuves d'invalidité totale par l'assureur. À défaut, la caisse doit appliquer les prestations versées par l'assureur à la dette nette de l'emprunteur.

9 — PREUVES D'INVALIDITÉ TOTALE

À l'occasion d'une demande de prestation, la caisse doit fournir à l'assureur des preuves satisfaisantes relatives à la nature de l'invalidité totale, à la date de naissance, au montant et à la nature de l'emprunt d'un emprunteur admis à cette garantie.

En tout temps, l'assureur peut exiger que l'emprunteur admis à cette garantie soit examiné par un médecin désigné par l'assureur.

Le 1^{er} janvier 1982, la police est remplacée par un nouveau contrat applicable aux emprunts en cours. Les modifications ne sont pas importantes et portent plus sur la forme que sur le fond. La clause 9 du contrat liant alors M^{me} Giroux et AVD se lit dorénavant comme suit:

9 — PREUVES D'INVALIDITÉ TOTALE

Il incombe à l'emprunteur de fournir à la caisse des preuves satisfaisantes pour l'assureur de son invalidité totale.

Pendant l'invalidité totale de l'emprunteur, l'assureur peut exiger en tout temps que l'emprunteur:

- 1) fournisse des preuves satisfaisantes quant à la continuation de son invalidité totale,
- 2) soit examiné par un médecin désigné par l'assureur lui-même.

Le 31 mai 1981, M^{me} Giroux subit des blessures au dos alors qu'elle plante un arbuste. Cet accident provoque souffrances et douleurs, l'oblige à subir de nombreux traitements et l'empêche de vaquer normalement à ses occupations.

Il semble qu'à l'époque où M^{me} Giroux a contracté avec AVD, elle ne se soit pas rendue compte que le contrat d'assurance était assorti d'une garantie en cas d'invalidité. En effet, ce n'est

talking about the effects of her accident with an employee of the Caisse populaire, that Ms. Giroux learned that she was entitled to disability insurance under her life insurance policy. It was thus at that time that she made a claim to the respondent AVD, which agreed to compensate her retroactively, as of May 31, 1981.

On March 14, 1984, AVD stopped paying interest to the Caisse populaire, when Ms. Giroux refused to provide it with a medical certificate attesting to her condition.

The Caisse populaire brought an action against the appellants as a result of their failure to fulfil their commitments under the deed of hypothec. The appellants impleaded AVD in warranty. The Superior Court allowed the Caisse populaire's action and dismissed the action in warranty.

Ms. Giroux and Mr. Mercier appealed to the Quebec Court of Appeal, which dismissed the appeal and the appellants' application for leave to introduce new evidence.

Leave to appeal to this Court was granted on December 12, 1991, [1991] 3 S.C.R. viii.

II — Judgments of the Courts Below

Superior Court, [1988] R.J.Q. 430 (Landry J.)

The trial judge examined the evidence submitted by the parties. He noted that the three specialists who had examined the appellant Giroux, a neurologist, an orthopaedic surgeon and a neurosurgeon, had unanimously concluded that she showed no symptoms of disability. He added (at pp. 435-36):

[TRANSLATION] The preponderance of the medical evidence is to the effect that the applicant is not suffering from a chronic disability which would prevent her from performing an occupation for remuneration or the activities of a person of her age. The three experts' reports are categorical on this point.

The trial judge was of the view that the onus of proof was on the insured; he noted (at p. 436):

qu'en janvier 1983, en parlant des suites de son accident avec un employé de la Caisse populaire, que M^{me} Giroux apprend son droit à l'assurance-invalidité contenu dans sa police assurance-vie. C'est donc à cette époque qu'elle fait une réclamation à l'intimée AVD qui accepte de l'indemniser rétroactivement, soit à partir du 31 mai 1981.

Le 14 mars 1984, AVD cesse les paiements d'intérêts à la Caisse populaire, alors que M^{me} Giroux refuse de lui fournir un certificat médical attestant son état.

La Caisse populaire poursuit les appelants à la suite de leur défaut de respecter leurs engagements en vertu de l'acte hypothécaire. Les appelants appellent en garantie AVD. La Cour supérieure accueille l'action de la Caisse populaire et rejette la demande en garantie.

Madame Giroux et Monsieur Mercier interjetent appel à la Cour d'appel du Québec qui rejette le pourvoi ainsi que la requête des appelants pour permission de présenter une nouvelle preuve.

L'autorisation d'en appeler devant cette Cour est accordée le 12 décembre 1991, [1991] 3 R.C.S. viii.

II — Les décisions des tribunaux inférieurs

Cour supérieure, [1988] R.J.Q. 430 (le juge Landry)

Le premier juge a examiné la preuve soumise par les parties. Il a noté que les trois spécialistes qui ont examiné l'appelante, un neurologue, un orthopédiste et un neurochirurgien, ont unanimement conclu qu'elle ne présentait pas de symptômes d'invalidité. Il a ajouté (aux pp. 435 et 436):

La preuve médicale prépondérante est à l'effet que la requérante ne souffre pas d'une incapacité chronique qui l'empêcherait d'exercer un travail rémunérateur ou d'accomplir les activités d'une personne de son âge. Les rapports de trois experts sont catégoriques sur ce point.

En ce qui concerne le fardeau de la preuve, le juge de première instance considère qu'il reposait sur l'assurée puisqu'il fait remarquer (à la p. 436):

[TRANSLATION] The plaintiff in warranty had the burden of establishing on the balance of probabilities that she was suffering from a substantial disability . . . Based on the evidence as a whole, the court has reached the conclusion that she has not discharged the burden of proof which rested on her.

The cross demand must therefore be dismissed.

Court of Appeal, [1991] R.R.A. 884 (Mailhot, Tourigny and Rousseau-Houle J.J.A.)

The Court of Appeal dismissed the appellants' application for leave to introduce new evidence—an X-ray and CT scan report dated July 31, 1989 and the diagnosis of a physiatrist dated November 29, 1989—because (at p. 885):

[TRANSLATION] . . . [it] does not provide essentially new information, or information which is indispensable and which could not reasonably have been discovered at the time the case was heard at first instance;

The Court of Appeal concluded at p. 886 that:

[TRANSLATION] . . . having regard to the terms of the insurance policy and the medical evidence filed, the trial judge correctly assessed the burden of proof which rested on the appellant;

and refused to intervene.

III — Issue

On December 12, 1991, this Court granted the application for leave to appeal on the following question only:

Where payments have been made under a disability insurance policy, does the onus shift to the insurer to establish that the insured is no longer disabled before payments may be discontinued?

IV — Analysis

1. *The Situation of Mr. Mercier and the Caisse populaire*

AVD and the Caisse populaire made several comments concerning the parties involved in the proceedings before this Court. Although these arguments were not disputed by the appellant Giroux, they require some comment.

La demanderesse en garantie avait le fardeau de démontrer par une prépondérance de preuve qu'elle souffrait d'une incapacité substantielle [. . .] Tenant compte de l'ensemble de la preuve, la Cour en arrive à la conclusion que cette dernière ne s'est pas déchargée du fardeau de preuve qui lui incombait.

La demande reconventionnelle doit donc être rejetée.

Cour d'appel, [1991] R.R.A. 884 (les juges Mailhot, Tourigny et Rousseau-Houle)

La Cour d'appel a rejeté la requête des appelants pour permission de produire une nouvelle preuve—un rapport de radiographie et de tomodensitométrie daté du 31 juillet 1989 ainsi que le diagnostic d'un physiatre daté du 29 novembre 1989—car (à la p. 885):

. . . [elle] n'apporte pas d'éléments essentiellement nouveaux, ni d'éléments indispensables qui ne pouvaient être raisonnablement découverts à l'époque où le litige a été entendu en première instance;

La Cour d'appel a conclu à la p. 886 que:

. . . eu égard aux termes de la police d'assurance et à la preuve médicale déposée au dossier, le premier juge a correctement évalué le fardeau de preuve qui incombait à l'appelante;

et elle a refusé d'intervenir.

III — La question en litige

Le 12 décembre 1991, notre Cour a accordé la demande d'autorisation d'appel sur la seule question suivante:

Lorsque des paiements ont été faits en vertu d'un contrat d'assurance-invalidité, l'assureur assume-t-il le fardeau de prouver que l'assuré ne souffre plus d'invalidité avant que les paiements puissent être discontinués?

IV — Analyse

1. *La situation de M. Mercier et de la Caisse populaire*

AVD et la Caisse populaire ont fait quelques remarques au sujet des parties impliquées dans le litige porté devant notre Cour. Bien que ces arguments n'aient pas été contestés par l'appelante, ils appellent certains commentaires.

(a) Mr. Mercier

Mr. Mercier, the appellant Giroux's husband, had stood as her surety for the hypothecary loan. Action was brought against him in this capacity by the Caisse populaire after Ms. Giroux failed to make payment. Ms. Giroux was the only person who contracted with AVD. Accordingly, there is no legal relationship between the insurance company and the surety. Mr. Mercier therefore has no right to claim against the company.

Moreover, even if this were not the case, Ms. Giroux, who represented herself before this Court, could not plead on behalf of her husband, under the first paragraph of art. 59 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25:

A person cannot use the name of another to plead, except the Crown through authorized representatives.

(b) The Caisse populaire

The Caisse populaire appropriately pointed out that the only question which this Court must answer is an issue as between the appellant Giroux and the respondent AVD.

The Superior Court held the claim of the Caisse populaire to be well founded. This decision is not in issue since the defendants at first instance have always admitted that the moneys were owed to it. The dispute is therefore solely between Ms. Giroux and AVD and its outcome will determine which one of them will have to make the payments owed to the Caisse populaire.

The Caisse populaire need not participate in the debate; the rules of the burden of proof do not in any way concern it.

2. Obligations in Respect of Evidence

While the question put to this Court may appear simple at first sight, it involves a certain ambiguity in respect of the meaning to be given to the verb "establish". This term may be used in various contexts. Does this mean the obligation to produce evidence stipulated in the contract or the obligation to establish certain facts? These obligations do not

a) Monsieur Mercier

Monsieur Mercier, l'époux de l'appelante, s'est porté caution de celle-ci dans le cadre de l'emprunt hypothécaire. C'est à ce titre qu'il a été poursuivi par la Caisse populaire à la suite du défaut de paiement de M^{me} Giroux. Or, seule M^{me} Giroux a contracté avec AVD. Par conséquent, il n'y a aucun lien de droit entre la compagnie d'assurance et la caution. Monsieur Mercier n'a donc pas de droit à faire valoir contre elle.

En outre, même s'il en eut été autrement, M^{me} Giroux qui se représente elle-même devant notre Cour ne pourrait plaider au nom de son mari, en vertu du premier alinéa de l'art. 59 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25:

Nul ne peut plaider sous le nom d'autrui, hormis le Souverain par des représentants autorisés.

b) La Caisse populaire

La Caisse populaire fait remarquer avec pertinence que la seule question à laquelle notre Cour doit répondre situe le débat entre l'appelante, M^{me} Giroux, et l'intimée, AVD.

La Cour supérieure a jugé bien fondée la réclamation de la Caisse populaire. Cette décision n'est pas en cause puisque les défendeurs en première instance ont toujours admis que les sommes d'argent lui étaient dues. Le litige oppose donc uniquement M^{me} Giroux à AVD et son issue déterminera qui, de l'une ou de l'autre, devra effectuer les paiements dûs à la Caisse populaire.

La Caisse populaire n'a pas à intervenir au débat; les règles du fardeau de preuve ne la concernent aucunement.

2. Les obligations en matière de preuve

La question posée à cette Cour, bien que simple à première lecture, comporte une certaine ambiguïté à l'égard du sens à donner au verbe «prouver». Ce terme peut être utilisé dans divers contextes. S'agit-il de l'obligation de production d'éléments de preuve stipulée au contrat ou de celle de prouver certains faits? Les exigences de

necessarily involve identical requirements. In order to determine what evidence the contract requires to be produced, we must examine the contract. It may provide for the presentation of certain documents to the co-contracting party, the conveying of a variety of information, and so on. ^a

Proof of the facts, in particular the disability, must be considered in the light of our rules of law. The rules governing the burden of proof provide a means for the court to weigh the evidence presented by the parties. ^b

In this case, the parties are using arguments which are clearly on two quite different levels. The appellant Giroux is trying to assert her right by invoking the rules relating to the burden of proof, while the respondent AVD is relying primarily on the provisions of the agreement. ^d

(a) The Contractual Obligation to Provide Evidence ^e

(i) *With Respect to the Disability*

Since the contract is the law of the parties, they may to a very large degree commit themselves to obligations of their choice, so long as they are not contrary to good morals or public order. ^f

The contract between Ms. Giroux and AVD is in perfect compliance with the requirements imposed by art. 2500 C.C.L.C., the first paragraph of which lists the provisions of absolute public order and the second, those of relative public order. ^g

The obligations set out in the contract between Ms. Giroux and AVD reflect a classic scheme in insurance matters. Article 2468 C.C.L.C. gives a definition of a contract of insurance which states the primary obligations thereof: ⁱ

A contract of insurance is that whereby the insurer undertakes, for a premium or assessment, to make a payment to a policyholder or a third person if an event that is the object of a risk occurs. ^j

ces obligations ne sont pas forcément identiques. Pour déterminer les preuves à produire selon le contrat, il faut examiner celui-ci. Il peut prévoir la présentation au cocontractant de certains documents, la transmission de diverses informations, etc.

Quant à la preuve des faits, notamment l'invalidité, elle doit être envisagée à la lumière de nos règles de droit. Celles régissant le fardeau de preuve est un moyen donné au tribunal pour lui permettre d'évaluer la preuve présentée par les parties.

Dans ce litige, les parties utilisent des arguments qui se situent justement sur deux plans bien différents. L'appelante tente de faire valoir son droit en invoquant les règles relatives au fardeau de preuve alors que l'intimée AVD se fonde principalement sur les dispositions conventionnelles.

a) L'obligation contractuelle de production de preuves

(i) *Quant à l'invalidité*

Le contrat étant la loi des parties, celles-ci peuvent, dans une très large mesure, se lier par des obligations de leur choix, du moment qu'elles ne sont pas contraires aux bonnes mœurs ni à l'ordre public.

Le contrat liant M^{me} Giroux à AVD respecte parfaitement les exigences imposées par le *Code civil du Bas-Canada* à l'art. 2500 dont le premier alinéa énumère les dispositions d'ordre public absolu et le second, celles d'ordre public relatif. ^h

Les obligations contenues dans le contrat entre M^{me} Giroux et AVD représentent un schéma classique en matière d'assurances. L'article 2468 C.c.B.-C., par sa définition du contrat d'assurance, en indique les obligations principales:

Le contrat d'assurance est celui en vertu duquel l'assureur, moyennant une prime ou cotisation, s'engage à verser au preneur ou à un tiers une prestation en cas de réalisation d'un risque.

The risk, the event which triggers payment by the insurer, is determined and described contractually by the parties. The insurance contract is an aleatory contract, that is, when it is signed, as Baudouin says in *Les obligations* (3rd ed. 1989), at p. 57, [TRANSLATION] "the parties' benefits are not yet determined, in terms of their extent or measure".

It is a condition of payment that the risk have occurred. The obligation of the insurer to pay benefits is in a latent state, so to speak, so long as the insured does not make a claim establishing disability or, more precisely, performance of the obligation is delayed until that time, with effect from the commencement of the disability.

In the area of insurance of persons, the risk is an event which adversely affects "the life, health [or] physical integrity of the insured", in the words of art. 2472 C.C.L.C. In the case before us, the risk, that is, the event which triggers the obligation of the insurer, is the disability of the insured. The contract between Ms. Giroux and AVD defines the risk unequivocally in clause 1, where both disability and the period of disability are defined.

Clearly, the insurer must be alerted to the occurrence of the event in order to be liable. Such disclosure by the insured or the policyholder to the insurer is the evidence of the loss. Professor Bergeron described it as follows in *Les contrats d'assurance* (1989), at p. 71:

[TRANSLATION] It is this information and supporting documents which the insured or other interested parties must give to the insurer, after the loss, to assert and justify the claim. Often the insurer will provide appropriate forms. This obligation must be fulfilled correctly by the insured or any other interested person, or the insurer could be released from its obligation to pay. This evidence of loss may of course be disputed by the insurer.

Among the provisions of the *Civil Code of Lower Canada* applicable to accident and sickness insurance, art. 2535 provides:

The policyholder must give notification of a loss in writing to the insurer within thirty days.

Le risque, l'événement qui va déclencher le paiement de l'assureur, est prévu et décrit contractuellement par les parties. Le contrat d'assurance est un contrat aléatoire, c'est-à-dire qu'au moment de sa conclusion, comme le dit Baudouin, *Les obligations* (3^e éd. 1989), à la p. 57, «les prestations des parties ne sont pas encore déterminées quant à leur étendue ou quant à leur importance».

La réalisation du risque est une condition du paiement. L'obligation de l'assureur de verser des prestations existe pour ainsi dire à l'état latent tant que l'assuré ne produit pas sa réclamation établissant l'invalidité ou, plus exactement, son exécution est retardée jusqu'à ce moment, avec effet depuis le début de l'invalidité.

Dans le domaine des assurances de personnes, le risque est un événement qui porte atteinte à «la vie, la santé [ou] l'intégrité physique de l'assuré», pour reprendre les termes de l'art. 2472 C.c.B.-C. Dans le cas qui nous occupe, le risque, c'est-à-dire l'événement qui va révéler l'obligation de l'assureur, est l'invalidité de l'assurée. Le contrat intervenu entre M^{me} Giroux et AVD prévoit le risque de façon non équivoque par sa clause 1 où sont définies à la fois l'invalidité et la période d'invalidité.

Il est évident que l'assureur doit être averti de la survenance de l'événement pour être tenu. Cette communication faite par l'assuré ou le preneur à l'assureur est la preuve de la perte. Le professeur Bergeron, *Les contrats d'assurance* (1989), la décrit ainsi, à la p. 71:

Ce sont les renseignements et les pièces justificatives que l'assuré ou autres intéressés doivent donner à l'assureur, après sinistre, pour formuler et justifier la réclamation. Souvent l'assureur fournira des formules appropriées. Cette obligation doit être correctement exécutée par l'assuré ou autre personne intéressée, sinon l'assureur pourrait être libéré de son obligation de payer. Ces preuves de pertes peuvent évidemment être contestées par l'assureur.

Parmi les dispositions applicables à l'assurance contre la maladie et les accidents, l'art. 2535 C.c.B.-C. énonce:

En cas de sinistre, le preneur doit en donner avis par écrit à l'assureur dans les trente jours.

The policyholder must also, within ninety days of the loss, send to the insurer all information the latter may reasonably expect as to the circumstances and extent of the loss.

The person who is entitled to the benefit is not prevented from receiving it if he proves that it was impossible for him to act within the delay granted and if the notification is sent to the insurer within one year of the loss.

This article is of relative public order, that is, the insurer and the insured may agree upon provisions that are more favourable to the insured than those set out in the Code.

Clause 8 of the contract corresponds to art. 2535 C.C.L.C.:

8 — CLAIM

All claims must be made in writing to the insurer as soon as it is reasonably possible to do so but not later than 1 year after the beginning of the total disability and must be accompanied by satisfactory evidence of total disability.

After the one-year period, the insurer considers only the year preceding the date on which the claim is received.

It should be pointed out here that AVD was kindly to Ms. Giroux in that it went well beyond what the contract stipulated, since she had filed her claim at a very late date, nearly twenty months after the accident. Not only did AVD agree to compensate the insured, but it even paid her retroactively from the date of the accident, and not only for the year just ended, as it could have done under the contract.

The first paragraph of clause 9 of the contract specifies how information is to be submitted, which is through the Caisse populaire:

Le preneur doit également, dans les quatre-vingt-dix jours du sinistre, transmettre à l'assureur tous les renseignements auxquels ce dernier peut raisonnablement s'attendre sur les circonstances et sur l'étendue du sinistre.

Lorsque la personne qui a droit à la prestation démontre qu'il lui a été impossible d'agir dans les délais impartis, elle n'est pas pour autant empêchée de toucher la prestation si l'avis est transmis à l'assureur dans l'année du sinistre.

Cet article est d'ordre public relatif, c'est-à-dire que l'assureur et l'assuré peuvent convenir de stipulations plus favorables à l'assuré que celles énoncées par le Code.

La clause 8 du contrat correspond à l'art. 2535 C.c.B.-C.:

8 — DEMANDE DE PRESTATION

Toute demande de prestation doit être transmise par écrit à l'assureur accompagnée de preuves satisfaisantes de l'invalidité totale, aussitôt qu'il est raisonnablement possible de le faire, mais sans excéder une période de 1 an depuis le début de l'invalidité totale.

Au delà de cette période de 1 an, l'assureur ne considère que la dernière année précédant la date de réception de la demande de prestation.

Il faut souligner à cette occasion qu'AVD a fait preuve de bienveillance envers M^{me} Giroux en allant bien au delà de ce que stipulait le contrat puisque celle-ci a produit sa réclamation très tardivement, soit presque une vingtaine de mois après l'accident. Non seulement AVD a-t-elle accepté d'indemniser l'assurée mais encore a-t-elle payé rétroactivement à partir de la date de l'accident et non uniquement pour la dernière année écoulée, comme le lui permettait la convention.

Le premier alinéa de la clause 9 du contrat précise comment doit se faire la transmission des informations, soit par l'entremise de la Caisse populaire:

9 — EVIDENCE OF TOTAL DISABILITY

When a claim is made, the borrower must provide the savings and credit union with evidence satisfactory to the insurer of his total disability.

It is clear on reading these provisions—and perfectly logical, moreover—that the insured has a contractual obligation to establish his or her disability in order for the insurer to have an obligation to pay.

The contract contains a provision specifying when the disability terminates:

3 — AMOUNT OF INSURANCE

. . .

However, if total disability is declared permanent by the insurer, the latter pays in advance to the savings and credit union the benefits provided under the GENERAL PROVISIONS of the policy at the time the total disability is declared permanent by the insurer.

The payment of benefits ends automatically on the first of the following events: when the borrower is no longer totally disabled or when he reaches 65 years of age or when the loan is fully refunded.

As I characterized the disability earlier as a condition for payment, I am of the view that cessation of the disability, as provided in this clause, must be seen as its antonym, that is, simply as a condition for stopping payment. Consequently, when the event occurs, the insurer may cease to pay benefits, with no other consequences for the parties or for their contractual relationship.

(ii) *With Respect to Continuation of the Disability*

There is no doubt that under the contract the insured must provide evidence of the disability. The question then arises which is at the heart of this case: once the evidence is provided, is it valid indefinitely?

9 — PREUVES D'INVALIDITÉ TOTALE

Il incombe à l'emprunteur de fournir à la caisse des preuves satisfaisantes pour l'assureur de son invalidité totale.

À la lecture de ces dispositions, il est clair—et d'ailleurs parfaitement logique—que l'assuré a l'obligation contractuelle de faire la preuve de son invalidité pour que l'obligation de payer de l'assureur prenne naissance.

Le contrat contient une disposition prévoyant la fin de l'invalidité:

3 — SOMME ASSURÉE

. . .

Si l'invalidité totale est déclarée permanente par l'assureur, celui-ci paie à la caisse par anticipation, la somme assurée prévue aux DISPOSITIONS GÉNÉRALES de la police au moment où l'invalidité est déclarée permanente par l'assureur.

Les prestations cessent d'office au premier des événements suivants: lorsque l'emprunteur n'est plus totalement invalide ou lorsqu'il atteint 65 ans ou encore lorsque l'emprunt est totalement remboursé.

Comme j'ai qualifié précédemment l'invalidité de condition de paiement, j'estime que la cessation de l'invalidité, prévue à cette clause, doit être vue comme son antonyme, c'est-à-dire simplement comme une condition d'arrêt de paiement. Par conséquent, lorsque l'événement survient, l'exécution de la prestation de l'assureur peut prendre fin, sans autres conséquences sur les parties ni sur leur rapport contractuel.

(ii) *Quant à la continuation de l'invalidité*

Il ne fait aucun doute que, en vertu du contrat, la preuve de l'invalidité doit être faite par l'assuré. Se pose alors la question qui est au cœur de ce litige: une fois faite, cette preuve est-elle valable indéfiniment?

The contract provides, in clause 9, a mechanism by which the insurer can control the insured's health status. The insured may be required to be examined by a physician designated by the insurance company (clause 9, para. 2) and/or to provide evidence himself or herself of his or her disability (clause 9, para. 1) by, *inter alia*, submitting to the insurer a medical certificate obtained from a physician of his or her choice.

This opportunity to investigate is perfectly understandable and is based on the reality and diversity of fact situations. It is quite possible for an individual to become temporarily disabled. I am thinking, for example, of a person who breaks a limb and who must be immobilized for a period of time. When the person's physical health is restored and he or she is again able to perform an occupation for remuneration, the conditions set out in the contract no longer exist and so the insurer is no longer required to pay benefits.

At the other end of the spectrum, in terms of disability, we could imagine much more tragic cases which would prevent the insured from ever resuming any activity for remuneration. This situation is covered by the second paragraph of clause 3 of the policy, which describes it as a total "permanent" disability.

There are also situations which fall between these two examples, in which the disability, while not permanent, is lengthy and its duration unpredictable. The insurance company's obligation to pay is triggered by the occurrence of the event, and in that case it may be admitted that after a certain period of time it would want to verify that the insured still fulfils the necessary conditions for payment of benefits. It seems that Ms. Giroux's situation falls precisely into this category of intermediate cases. However, the extent and frequency of the insurer's requests for information must certainly be reasonable. As Professor Bergeron noted in "Les problèmes de preuve en droit des assurances" (1992), 22 *R.D.U.S.* 411, at p. 440: [TRANSLATION] "It would be unfair to recognize a principle which would permit the insurer to require that the insured provide new evidence of his or her

Le contrat prévoit, à la clause 9, un mécanisme de contrôle, par l'assureur, de l'état de santé de l'assuré. Celui-ci peut être appelé à être examiné par un médecin désigné par la compagnie d'assurance (clause 9, al. 2) ou/et fournir lui-même des preuves de son invalidité (clause 9, al. 1), soit, entre autres, transmettre à l'assureur un certificat médical obtenu auprès d'un médecin de son choix.

Cette possibilité d'enquête s'explique parfaitement et se fonde sur la réalité et la diversité des faits. Il est fort possible qu'un individu devienne invalide temporairement. Je pense, par exemple, à la personne qui se casse un membre et qui doit être immobilisée pendant un certain temps. Lorsque son état physique se rétablit et qu'elle est à nouveau apte à se livrer à un travail rémunérateur, les conditions prévues par le contrat n'existant plus, l'assureur n'est plus tenu de verser les prestations.

À l'autre bout du spectre, en matière d'invalidité, on peut penser à des cas beaucoup plus tragiques qui empêchent définitivement l'assuré de reprendre toute activité rémunératrice. Cette situation est prévue par le deuxième alinéa de la clause 3 de la police qui la décrit comme une invalidité totale «permanente».

Il existe également des situations entre ces deux exemples où, sans être permanente, l'invalidité est longue et sa durée non prévisible. L'obligation de payer de la compagnie d'assurance est déclenchée par la survenance de l'événement et l'on peut admettre alors que, après un certain temps, elle veuille vérifier que l'assuré remplisse encore les conditions nécessaires au versement des prestations. Il semble que l'état de M^{me} Giroux correspondait tout à fait à ce genre de cas intermédiaires. Toutefois, il est certain que la demande de renseignements par l'assureur doit être faite dans une mesure et à une fréquence raisonnables. Comme le fait remarquer le professeur Bergeron, «Les problèmes de preuve en droit des assurances» (1992), 22 *R.D.U.S.* 411, à la p. 440: «Il serait inéquitable de reconnaître un principe qui permettrait à l'assureur d'exiger de l'assuré une nouvelle preuve de

disability, whenever it might choose." (Emphasis added.)

The contract between AVD and Ms. Giroux is clear on the question of the evidence to be provided under the contract: one of the obligations of the insured set out therein is, at the request of the insurance company, to prove that he or she continues to be disabled. The insurer's obligation to pay will terminate, under clause 3, if the medical report provided under clause 9—and in particular paragraph 1—shows that the insured's condition no longer amounts to a disability.

What happens if the insured refuses either to provide evidence of continuation of the disability himself or herself, or to undergo a medical examination, or if the evidence is not "satisfactory" to the insurer? Clearly, that constitutes non-performance of a contractual obligation. The co-contracting party may then cease performing its own obligations. The insured's physical condition does not come into play here; it may very well be, on the facts, that he or she is still disabled. Cessation of payments by the insurer rests on the rule of the exception for non-performance, to which I shall have occasion to return later.

Accordingly, in the context of the performance of the contract, the appellant Giroux's arguments must be rejected. Clearly the onus is on the insured to present evidence of continuation of her disability to her co-contracting party, and not on the insurer to establish cessation of the disability.

In closing on this question of proof in the context of performance of contractual obligations, I note that the contract between AVD and Ms. Giroux is silent on the question of a breach of clause 9 by the insured. While this is not strictly necessary, because of the principles of our law of contracts, agreements in the area of insurance could be more explicit in this respect. The insured is in fact a consumer—of a particular type of product—and as such needs to be fully informed and protected. This is, moreover, the reason which motivated the legislature to enact new provisions in this area, in the *Act respecting insurance*, R.S.Q., c. A-32 (formerly S.Q. 1974, c. 70), which

son invalidité, selon son bon plaisir.» (Je souligne.)

Le contrat intervenu entre AVD et M^{me} Giroux est clair sur la question de la preuve à fournir dans le cadre contractuel: une des obligations de l'assuré qui y est stipulée est, à la demande de la compagnie d'assurance, de prouver la continuation de son invalidité. L'obligation de payer de l'assureur prendra fin, en vertu de la clause 3, si selon le rapport médical fourni en vertu de la clause 9—et en particulier de l'alinéa 1—l'état de l'assuré ne correspond plus à une invalidité.

Que se passe-t-il si l'assuré refuse soit de fournir lui-même la preuve de la continuation de son invalidité, soit de se soumettre à un examen médical, soit encore que les preuves ne sont pas «satisfaisantes» pour l'assureur? Cela constitue, il est clair, l'inexécution d'une obligation contractuelle. Le cocontractant peut alors cesser l'exécution de ses propres obligations. L'état physique de l'assuré n'entre pas ici en ligne de compte; il se peut très bien, dans les faits, qu'il soit encore invalide. La cessation des versements de l'assureur repose sur la règle de l'exception d'inexécution, sur laquelle j'aurai l'occasion de revenir plus loin.

Donc, dans le cadre de l'exécution du contrat, les prétentions de l'appelante doivent être repoussées. C'est bien à l'assuré que revient la charge de présenter une preuve de la continuation de son invalidité à son cocontractant et non à l'assureur de démontrer la cessation de l'invalidité.

En terminant sur cette question de la preuve dans le cadre de l'exécution des obligations contractuelles, je remarque que le contrat liant AVD et M^{me} Giroux est silencieux en cas de contravention par l'assuré à la clause 9. Bien que cela ne soit pas strictement nécessaire à cause des principes de notre droit en matière contractuelle, les conventions en matière d'assurances pourraient être plus explicites sur cet aspect. En effet, l'assuré est un consommateur—d'un type particulier de produits—et, à ce titre, il a besoin d'être pleinement informé et protégé. C'est d'ailleurs la raison qui a poussé le législateur à édicter de nouvelles dispositions en la matière par la *Loi sur les assurances*,

came into force on October 20, 1976. According to Simard and De K. Marceau, *Le droit des assurances terrestres depuis 1976* (1988), at p. 9:

[TRANSLATION] The objective of the legislature . . . arose from the need to correct the balance of power which had been established between the insurer and the insured, based on market forces.

The approach adopted therefore exhibited a bias toward the insurance consumer, by limiting unilateral action by the insurer.

Some insurance policies contain a contractual provision specifying a presumption of disability if the disability lasts more than a certain period of time. This was the case in *Blackstone v. Mutual Life Insurance Co. of New York*, [1945] 1 D.L.R. 165 (Ont. H.C.), to which the respondent AVD referred on several occasions. Where there is such a clause, the disability exists until the insurer proves otherwise. This is not the situation here and the fact that AVD made payments establishes simply that it admitted the disability and not that it considered it permanent.

(b) The Obligation to Prove the Disability

Where there is a dispute, which party has the onus of proof? In this case, the occurrence of a disability is not in issue. The point in issue is the continuation of the disability and the leave to appeal relates to the onus of proof in these circumstances.

(i) *Article 1203 of the Civil Code of Lower Canada and Art. 1315 of the Code Napoléon*

The general rule in respect of evidence in legal proceedings is set out in art. 1203 of the *Civil Code of Lower Canada*:

The party who claims the performance of an obligation must prove it.

On the other hand he who alleges facts in avoidance or extinction of the obligation must prove them; subject nevertheless to the special rules declared in this chapter.

L.R.Q., ch. A-32 (auparavant L.Q. 1974, ch. 70), entrée en vigueur le 20 octobre 1976. Selon Simard et De K. Marceau, *Le droit des assurances terrestres depuis 1976* (1988), à la p. 9:

L'objectif poursuivi par le Législateur [. . .] provenait de la nécessité de rééquilibrer les rapports de force qui s'étaient établis entre l'assureur et l'assuré, suivant les impératifs du marché.

L'approche retenue témoignait donc d'un préjugé favorable au consommateur d'assurances en limitant l'intervention unilatérale de l'assureur.

Certaines polices d'assurance contiennent une disposition prévoyant contractuellement une présomption d'invalidité si celle-ci dure plus d'un certain temps. C'était le cas dans *Blackstone c. Mutual Life Insurance Co. of New York*, [1945] 1 D.L.R. 165 (H.C. Ont.), auquel l'intimée AVD fait référence à plusieurs reprises. En présence d'une telle clause, l'invalidité existe jusqu'à ce que l'assureur prouve le contraire. Telle n'est pas la situation ici et le fait qu'AVD ait effectué des versements démontre simplement qu'elle a admis l'invalidité et non qu'elle la considère permanente.

b) L'obligation de prouver l'invalidité

En cas de litige, quelle partie a le fardeau de la preuve? En l'espèce, la survenance d'une invalidité n'est pas en cause. Le litige porte sur sa continuation et l'autorisation de pourvoi vise le fardeau de preuve dans ces circonstances.

(i) *L'article 1203 du Code civil du Bas-Canada et l'art. 1315 du Code Napoléon*

La règle générale, en matière de preuve en justice, est contenue dans le *Code civil du Bas-Canada*, à l'art. 1203:

Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver.

Réciproquement, celui qui en oppose la nullité ou l'extinction doit justifier les faits sur lesquels est fondée sa contestation; sauf les règles spéciales établies au présent chapitre.

In *Le droit civil canadien* (1902), vol. 6, at pp. 3-4, Mignault explains the basis of the first paragraph as follows:

[TRANSLATION] The principle, of which it states only the consequence, is that the party who asserts a fact contrary to the normal and usual state of affairs, or to an established situation, must prove it. The presumption is always the normal and usual existence of things, and the party who enjoys the benefit of this presumption is exempt, so long as it exists, from any proof. For example, the independence of individuals from each other is the normal and usual situation; accordingly, a party who claims that someone else is bound to him or her, in other words, has contracted an obligation toward him or her, *vinculum juris*, must prove that fact, which is regarded as exceptional.

Once a party has established to the satisfaction of the judge, under the first paragraph of art. 1203, that there is a legal obligation between him or her and another person, then since that situation has become legally established it is, in the eyes of the court, the normal state of affairs. Accordingly, the party which considers that the normal state of affairs has changed, that the obligation no longer exists, must in turn persuade the court. This is what the second paragraph of that article states.

In France, the *Civil Code* contains the same provision as our art. 1203, with some slight variation:

He who claims execution of an obligation must prove it.

Reciprocally, he who claims to be released must prove payment or the fact which has produced the extinction of his obligation.

(Translated by John H. Crabb, *The French Civil Code* (1977).)

The commentary by Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général* (1879), vol. 6, at p. 184, is highly pertinent:

[TRANSLATION] From the point of view of reason, and logic, it is obviously the party who claims to introduce something new and change the present situation who must bear the burden of proof. The presumption is that the present situation, the currently established situation,

Mignault, *Le droit civil canadien* (1902), t. 6, aux pp. 3 et 4, explique ainsi le fondement du premier alinéa:

a Le principe, dont il n'indique que la conséquence, c'est que celui qui affirme un fait contraire à l'état normal et habituel des choses, ou à une situation acquise, doit le prouver. On présume toujours l'existence normale et habituelle des choses, et celui que cette présomption favorise est dispensé, tant qu'elle existe, de toute preuve. Ainsi, l'indépendance des hommes les uns à l'égard des autres est l'état normal et habituel; donc celui qui prétend qu'un autre est lié à son égard, en d'autres termes, qu'il a contracté envers lui une obligation, *vinculum juris*, doit prouver ce fait qui est regardé comme exceptionnel.

Une fois qu'une partie a démontré à la satisfaction du juge, selon le premier alinéa de l'art. 1203, qu'un lien juridique l'unit à une autre, puisque cette situation est devenue légalement existante, aux yeux du tribunal elle constitue l'état normal des choses. Donc, la partie qui estime que l'état normal des choses a changé, que l'obligation n'existe plus, doit à son tour convaincre le tribunal. C'est ce qu'exprime le deuxième alinéa de cet article.

f En France, le *Code civil* contient la même disposition que notre art. 1203, à quelques nuances de forme près:

g Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

h Le commentaire qu'en fait Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général* (1879), t. 6, nous est fort utile, à la p. 184:

i Au point de vue de la raison, en effet, et de la logique, c'est évidemment à la partie qui prétend innover et changer la situation présente, que doit être imposé le fardeau de la preuve. La présomption est que la situation présente, la situation acquise actuellement, de part et

on both sides, is consistent with the truth. One of the parties asserts the contrary. Let that party prove it! This is required by the great principle of *equality before the law*. . . . Thus it is the *status quo* which must be the rule between them [the parties] for assigning the burden in the case. [Emphasis added; italics in original.]

Later, Demolombe remarked, at pp. 192-93:

[TRANSLATION] The solution we have just applied to our first question: *Who must prove?* also virtually implies the solution to the question of: *What must be proved.*

Under article 1315, what the original plaintiff must prove is the existence of the obligation.

And what the defendant must prove, having in turn become plaintiff in his exception, is the extinction of the obligation.

. . . .

In short, to preserve the formula we have proposed . . . , the party who claims to change the other party's established situation must, if we may put it this way, *flush out* that party from that situation, so that it can only preserve its position there by itself providing evidence of such a nature as to destroy the evidence supplied against it. [Italics in original.]

From the court's point of view, when the parties appear before it, the normal, natural situation, the *status quo*, is independence, the absence of any legal relationship. If the judge is persuaded, by the arguments of one party, that a right has arisen, this condition of legal dependence becomes the established situation, the *status quo*. Because no right, once it arises, can be extinguished or altered by itself, except by prescription or expiry, the defendant must therefore disclose to the court the event which altered the *status quo*.

In *Traité théorique et pratique de droit civil* (3rd ed. 1908), vol. 3, at p. 421, Baudry-Lacantinerie stated that [TRANSLATION] ". . . the established situation must enjoy the same prerogatives as the natural situation: it is presumed to continue to exist".

In *Traité de droit civil du Québec* (1965), vol. 9, at p. 79, Nadeau and Ducharme commented:

d'autre, est conforme à la vérité. L'une des parties prétend le contraire. Qu'elle le prouve donc! Ainsi l'exige le grand principe de l'*égalité judiciaire*. [. . .] C'est donc le *statu quo*, qui doit faire, entre elles [les parties], la règle pour la distribution des rôles dans l'instance. [Je souligne; en italique dans l'original.]

Plus loin, Demolombe fait remarquer, aux pp. 192 et 193:

La solution, que nous venons d'appliquer à notre première question: *Qui doit prouver?* implique aussi virtuellement la solution de la question de savoir: *Ce qui doit être prouvé.*

Aux termes de l'article 1315, ce que doit prouver le demandeur primitif, c'est l'existence de l'obligation.

Et ce que doit prouver le défendeur, devenu à son tour demandeur dans son exception, c'est l'extinction de l'obligation.

d

. . . .

En un mot, pour conserver la formule que nous avons proposée [. . .], la partie, qui prétend changer la situation acquise de l'autre partie, doit, en effet, s'il est permis de dire ainsi, la *débusquer* de cette situation; de telle sorte qu'elle ne puisse s'y maintenir, qu'en fournissant elle-même une preuve, de nature à détruire la preuve qui a été fournie contre elle. [En italique dans l'original.]

Du point de vue du tribunal, lorsque les parties se présentent devant lui, la situation normale, naturelle, le *statu quo* est l'indépendance, l'absence de lien juridique. Devant les arguments d'une partie, si le juge est convaincu qu'un droit est né, c'est cet état de dépendance juridique qui devient la situation acquise, le *statu quo*. Or, comme aucun droit, une fois né ne peut s'éteindre ou s'altérer de lui-même, sauf en raison de la prescription et de la déchéance, le défendeur doit révéler au tribunal l'existence de l'événement qui a modifié le *statu quo*.

Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil* (3^e éd. 1908), t. 3, à la p. 421, estime que « . . . la situation acquise doit jouir des mêmes prérogatives que la situation naturelle: on présume qu'elle existe toujours ».

Nadeau et Ducharme, *Traité de droit civil du Québec* (1965), t. 9, à la p. 79, font remarquer:

[TRANSLATION] It is not only rights which, once their existence has been established, are deemed to continue as they are; this presumption applies to all situations of fact or law.

The primary bearing of arts. 1315 of the *Code Napoléon* and 1203 *C.C.L.C.* lies in the impact of the burden of proof: the uncertainty and doubt which subsist once evidence has been adduced must necessarily be resolved against the party which has the burden of such proof. As Professor Perrot notes in "La charge de la preuve en matière d'assurance" (1961), 32 *Rev. gén. ass. terr.* 5, at pp. 7-8:

[TRANSLATION] . . . the practical issue of how to assign the burden of proof arises only in those situations where the process of weighing the evidence has produced no result. Then and only then is it essential to resolve the problem, so that, practically, the judge does not ask, first, which of the two parties has the burden of proof, and then how that proof should be made; the judge first hears all the evidence placed before him or her by the two parties equally, and only if none of that evidence appears to the judge to be decisive does he or she consider the issue of how to assign the burden of proof, so as to designate which of the two parties will be believed on the basis of its mere assertion.

(ii) *Application of the Second Paragraph of Art. 1203*

In this case, both parties rely on art. 1203 *C.C.L.C.* AVD argues that the appellant Giroux must meet the burden imposed by the first paragraph of art. 1203 since, according to AVD, she is seeking performance of an obligation which would require the insurer to continue to pay interest in the event of total disability.

The appellant Giroux for her part submits that this is a case in which the respondent AVD is arguing that its obligation has been extinguished and that, under the second paragraph of art. 1203, it has the burden of proof.

On May 31, 1981, at the time of the accident, AVD incurred a debt to Ms. Giroux under the insurance contract by virtue of the occurrence of

Il n'y a pas que les droits qui, une fois leur existence établie, sont censés se conserver tels quels; cette présomption vaut pour toutes les situations de fait ou de droit.

L'intérêt principal des art. 1315 du *Code Napoléon* et 1203 *C.c.B.-C.* réside dans la portée de la charge de la preuve: l'incertitude et le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent être nécessairement retenus au détriment de la partie qui a la charge de cette preuve. Comme le souligne le professeur Perrot, «La charge de la preuve en matière d'assurance» (1961), 32 *Rev. gén. ass. terr.* 5, aux pp. 7 et 8:

. . . l'enjeu pratique de la répartition du fardeau de la preuve n'apparaît que dans les seules hypothèses où une appréciation des éléments de preuve s'est révélée stérile. C'est alors, mais alors seulement, qu'il est indispensable de trancher le problème. De telle sorte que, pratiquement, le juge ne se demande pas, d'abord, auquel des deux plaideurs incombe le fardeau de la preuve, et ensuite comment il devra faire cette preuve; il accueille d'abord tous les éléments de conviction qui lui sont apportés par les deux plaideurs indifféremment, et ce n'est que dans le cas où aucun de ces éléments ne lui paraît décisif qu'il est conduit à s'interroger sur la répartition du fardeau de la preuve, de manière à désigner lequel des deux plaideurs sera cru sur sa simple affirmation.

(ii) *Application du deuxième alinéa de l'art. 1203*

Dans le présent litige, les deux parties invoquent l'art. 1203 *C.c.B.-C.* AVD plaide que l'appelante doit remplir le fardeau imposé par le premier alinéa de l'art. 1203 puisque, selon elle, M^{me} Giroux réclame l'exécution d'une obligation par laquelle l'assureur serait tenu d'assurer de façon continue le paiement d'intérêts en cas d'invalidité totale.

L'appelante, quant à elle, soumet qu'il s'agit d'un cas où l'intimée AVD oppose l'extinction de son obligation et que, conformément au second alinéa de l'art. 1203, le fardeau de preuve lui incombe.

Le 31 mai 1981, au moment de l'accident, en vertu du contrat d'assurance, AVD est devenue débitrice de M^{me} Giroux en raison de la réalisation

the risk. It is clear that from that date until March 14, 1984, Ms. Giroux had a claim against the insurance company. In my opinion, the change in the insured's condition is a fact which alters the relations between the parties. The party which alleges the change in the situation must prove it. As Bergeron, "Les problèmes de preuve en droit des assurances", *supra*, stated at p. 442:

[TRANSLATION] . . . if . . . there is evidence of eligibility, does an entirely natural presumption not arise therefrom that the insured is eligible for benefits until proved otherwise?

In short, since the date of the accident, the *status quo*, the established, "normal" relationship between the parties, is Ms. Giroux's position as a creditor and AVD's status as a debtor. It is clearly the insurer, and not the insured, which wishes to change the present situation. If the insurance company wishes to terminate the payments it is making, in the words of Demolombe, *supra*, at p. 184: "Let that party prove it". It is the second paragraph of art. 1203 which must be applied here.

In my opinion, the trial judge erred when he stated (at p. 435):

[TRANSLATION] With respect, the court accordingly concludes on this point that the plaintiff in warranty has the burden of establishing, on a balance of probabilities, that contrary to what is asserted by the insurer, her disability still subsists.

(c) Consequences of Applying the Second Paragraph of Art. 1203 to This Case

The appellant Giroux is correct to argue that, in the circumstances, it was up to AVD to prove to the court that the insured was no longer disabled. Unfortunately, despite all the sympathy we may feel for Ms. Giroux, the trial judge's findings are nonetheless not in error. Even if he had correctly attributed the burden of proof, the outcome of the trial would not have been different. If the judge had had any lingering doubt after the evidence was presented, the doubt would have had to be resolved against the insurer. He did not have the least hesitation as to the evidence presented by both parties'

du risque. Depuis cette date jusqu'au 14 mars 1984, il est certain que M^{me} Giroux détenait une créance vis-à-vis de la compagnie d'assurance. À mon avis, le changement d'état de l'assurée est un fait qui modifie les relations entre les parties. C'est à la partie qui invoque le changement de situation de le prouver. Comme le dit Bergeron, «Les problèmes de preuve en droit des assurances», *loc. cit.*, à la p. 442:

. . . si [...] la preuve de l'admissibilité est faite, n'en ressort-il pas une présomption tout à fait naturelle que l'assuré est admissible aux bénéfices jusqu'à preuve du contraire?

En somme, depuis la date de l'accident, le *status quo*, la relation «normale», acquise, entre les parties, est la position de créancière de M^{me} Giroux et l'état de débitrice d'AVD. Or, c'est bien l'assureur, et non l'assurée, qui souhaite changer l'état actuel des choses. Si la compagnie d'assurance veut mettre fin aux paiements qu'elle effectue, pour reprendre l'expression de Demolombe, *op. cit.*, à la p. 184: «Qu'elle le prouve». C'est le deuxième alinéa de l'art. 1203 qui doit être appliqué ici.

À mon avis, le juge de première instance a erré lorsqu'il a affirmé (à la p. 435):

Avec respect, la Cour en arrive donc à la conclusion sur ce point que la demanderesse en garantie a le fardeau de démontrer par prépondérance de preuve que, contrairement aux prétentions de l'assureur, son invalidité persiste toujours.

(c) Conséquences de l'application du deuxième alinéa de l'art. 1203 au présent litige

L'appelante a raison de prétendre que, dans les circonstances, c'était à AVD de prouver au tribunal que l'assurée n'était plus invalide. Malheureusement, malgré toute la sympathie que l'on peut éprouver pour M^{me} Giroux, les conclusions du juge de première instance ne sont pas pour autant erronées. Même s'il avait correctement attribué le fardeau de preuve, l'issue du procès n'aurait pas été différente. En effet, si le juge avait eu un doute subsistant à la suite de la production de la preuve, le doute aurait dû être retenu au détriment de l'assureur. Or, il n'a pas eu la moindre hésitation

experts establishing the cessation of the disability, without having to consider the burden of proof to make his decision (at pp. 435-36):

[TRANSLATION] The preponderance of the medical evidence is to the effect that the applicant is not suffering from a chronic disability which would prevent her from performing an occupation for remuneration or the activities of a person of her age. The three experts' reports are categorical on this point. Moreover, it is apparent that the physicians who signed medical reports at the request of Ms. Giroux relied in part on inaccurate information which was contradicted by the X-rays. [Emphasis added.]

3. Point at Which Cessation of Payments by the Insurer Occurs

The appellant Giroux argues that the insurer must prove the cessation of the disability before the cessation of payments. In other words, she submits that if there is a dispute between the insured and the insurer on the question of disability, the insurer must continue the payments until judgment is given.

This argument has no basis in law.

The insurance contract is a bilateral contract. The insurer and the insured assume mutual obligations. Here, the insurer is required to pay the interest to the Caisse populaire in the event that the insured is disabled and the insured must provide evidence of the continuation of her disability, on the request of the insurer. These two obligations are, as Baudouin, *supra*, states at p. 54, [TRANSLATION] "interdependent and not simply juxtaposed". The insurer's obligation to pay benefits exists only to the extent the appellant Giroux is disabled. If the insured proves that she continues to be disabled, under the terms of the contract, the insurer shall continue to pay the interest owing.

It may be that an insured will reply to the insurer's request concerning the continuation of the disability by providing it with a medical certificate or by submitting to the examination provided for in clause 9 of the contract. This evidence may not be "satisfactory" in the eyes of the insurer, however,

quant aux preuves présentées par les experts des deux parties établissant la fin de l'invalidité, sans avoir à considérer le fardeau de preuve pour en décider (aux pp. 435 et 436):

La preuve médicale prépondérante est à l'effet que la requérante ne souffre pas d'une incapacité chronique qui l'empêcherait d'exercer un travail rémunérateur ou d'accomplir les activités d'une personne de son âge. Les rapports de trois experts sont catégoriques sur ce point. Par ailleurs, il est évident que les médecins qui ont signé des rapports médicaux à la demande de madame Giroux se sont fondés en partie sur des données inexactes et contredites par les radiographies. [Je souligne.]

3. Moment où a lieu la cessation des paiements par l'assureur

L'appelante prétend que la preuve de la cessation de l'invalidité doit être faite par l'assureur avant la cessation des paiements. Autrement dit, elle soumet que si un différend survient entre l'assuré et l'assureur sur la question d'invalidité, l'assureur doit continuer les paiements jusqu'à jugement.

Cette prétention est sans fondement juridique.

Le contrat d'assurance est synallagmatique. L'assureur et l'assuré assument des obligations réciproques. Ici, l'assureur est tenu de payer les intérêts à la Caisse populaire en cas d'invalidité de l'assurée qui doit faire la preuve de la continuation de son invalidité, à la demande de l'assureur. Ces deux obligations sont, comme le dit Baudouin, *op. cit.*, à la p. 54, «interdépendantes et non simplement juxtaposées». L'obligation pour l'assureur de verser des prestations n'existe que dans la mesure où l'appelante est invalide. Si l'assurée prouve qu'elle continue à être invalide, selon les termes du contrat, l'assureur continue à payer les intérêts dûs.

Il est possible que l'assuré réponde à la demande de l'assureur concernant la continuation de l'invalidité, en lui fournissant un certificat médical ou en se soumettant à l'examen prévu à la clause 9 du contrat. Cependant, il se peut que cette preuve ne soit pas «satisfaisante» aux yeux de l'assureur et

and, consequently, it may no longer consider the insured to be disabled. In that case, under the actual terms set out in clause 3 of the contract, it is entitled to cease paying benefits. If there is a dispute between the parties in this regard, it must be resolved by a judgment, which will decide whether the disability has ceased and what benefits may be claimed. If the benefits are insufficient, in light of the court's finding as to the date when the disability ceased, there will be an award accordingly with interest on the arrears, if any. This is the only penalty for delay in meeting a monetary obligation. The right to benefits is dependent on the existence of the disability and not on the date of the judgment resolving a dispute in this regard.

Moreover, if the insured does not fulfil his or her contractual obligation to provide the evidence requested, the insurer may interrupt performance of its obligation, under the *exceptio non adimpleti contractus* or exception for non-performance. While the appellant Giroux may have rebelled against this principle, Baudouin, *supra*, explains it as follows, at p. 278:

[TRANSLATION] According to the tradition in the case law, fairness and good faith seem to lie at the root of any legal explanation on the subject. . . . To some extent, allowing a creditor to refuse to perform the mutual obligation amounts to allowing it to take the law into its own hands, by using this pressure tactic on its debtor to force the debtor to live up to its promise. It is logical, however, as a preventive measure for dealing with [the] refusal or negligence [of the co-contracting party], to allow the contracting party the right to withhold or defer performance of its own obligation.

The author adds, at p. 280, that the exception for non-performance [TRANSLATION] "permits . . . the performance of the obligation of the contracting party who invokes it to be stayed". When each of the parties stands its ground, the dispute is generally brought before the courts. Matters, relations between the parties, remain frozen in the state they were in when the dispute arose. The parties cannot

que, par conséquent, il ne considère plus l'assuré comme invalide. Dans ce cas, selon les termes mêmes de la clause 3 prévue au contrat, il est en droit de cesser les prestations. S'il y a un litige entre les parties à cet égard, il doit être tranché par un jugement. Celui-ci décidera de la cessation de l'invalidité et des prestations exigibles. Si les prestations sont insuffisantes, eu égard à la conclusion du tribunal quant à la date de cessation de l'invalidité, il y aura condamnation en conséquence avec intérêts sur les arrérages, s'il en est. C'est la seule sanction du retard à satisfaire à une obligation monétaire. Le droit aux prestations est fonction de l'existence de l'invalidité et non de la date du jugement tranchant un litige à ce sujet.

Par ailleurs, si l'assuré ne remplit pas son obligation contractuelle de fournir les preuves demandées, l'assureur peut interrompre l'exécution de son obligation, en vertu de l'*exceptio non adimpleti contractus* ou exception d'inexécution. Bien que ce principe ait pu révolter l'appelante, Baudouin, *op. cit.*, en explique ainsi le principe, à la p. 278:

Selon la tradition jurisprudentielle, l'équité et la bonne foi semblent être à la base de toute explication juridique sur le sujet. [. . .] Dans une certaine mesure, permettre au créancier de refuser d'exécuter l'obligation réciproque revient à lui permettre de se faire justice à lui-même, en utilisant ce moyen de pression sur son débiteur pour le forcer à remplir sa promesse. Il est cependant logique, comme mesure préventive à l'encontre d[u] refus ou de [la] négligence [du cocontractant], d'accorder au contractant le droit de retenir ou de différer l'exécution de sa propre obligation.

L'auteur ajoute, à la p. 280, que l'exception d'inexécution «permet [. . .] la suspension de l'exécution de l'obligation du contractant qui l'invoque». Lorsque chacune des parties reste sur ses positions, le litige est généralement porté devant les tribunaux. Les choses, les relations entre les parties, restent figées dans l'état où elles étaient quand le litige a pris naissance. Les parties ne peu-

be forced to comply provisionally so long as no judgment has been rendered.

V — Conclusion

The appellant Giroux's question must be answered in the affirmative as regards the onus of proof. On the issue of the time when payments stop, on the other hand, her arguments must be rejected.

In the circumstances, however, the conclusions of the trial judge and those of the Court of Appeal affirming them are not in error.

Accordingly, the appeal should be dismissed, without costs.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I entirely agree with Justice Gonthier's reasons on the merits of the case. In particular, I consider that it is the insured who is obliged, in the context of an insurance contract such as the one at issue here, to provide the insurer with proof of continuing disability. However, this contractual obligation must be distinguished from the burden of proof in a judicial context. Under the second paragraph of art. 1203 C.C.L.C., the onus is on the insurer to establish the extinction of its obligation by showing on a balance of probabilities that the disability has ceased.

Where I disagree is with the outcome of the appeal. The trial judge placed the burden of proof on the shoulders of the insured:

[TRANSLATION] With respect, the court accordingly concludes on this point that the plaintiff in warranty has the burden of establishing, on a balance of probabilities, that contrary to what is asserted by the insurer, her disability still subsists. It is for the person alleging the existence of an obligation to prove it. There is no principle of law on the basis of which an exception to this rule could be made in the present circumstances.

([1988] R.J.Q. 430, at p. 435.)

vent être forcées de s'exécuter provisoirement tant qu'un jugement n'est pas rendu.

V — Conclusion

La question de l'appelante doit recevoir une réponse affirmative en ce qui a trait au fardeau de preuve. Par contre, en ce qui concerne le moment de l'arrêt des paiements, les prétentions de l'appelante doivent être repoussées.

Cependant, dans les circonstances, les conclusions du juge de première instance et celles, les confirmant, de la Cour d'appel ne sont pas erronées.

Par conséquent, le pourvoi doit être rejeté, sans frais.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Je partage entièrement les motifs du juge Gonthier quant au fond du litige. En particulier, j'estime que c'est à l'assuré que revient l'obligation, dans le cadre d'un contrat d'assurance tel que celui ici en cause, de fournir à l'assureur des preuves de la continuation de son invalidité. Cette obligation contractuelle doit, cependant, être distinguée du fardeau de preuve dans le contexte judiciaire. En vertu du second alinéa de l'art. 1203 C.c.B.-C., il incombe à l'assureur d'établir l'extinction de son obligation en démontrant, par prépondérance de preuve, la cessation de l'invalidité.

Là où je suis en désaccord, c'est quant à l'issue de l'appel. Le juge de première instance a fait reposer le fardeau de preuve sur les épaules de l'assurée:

Avec respect, la Cour en arrive donc à la conclusion sur ce point que la demanderesse en garantie a le fardeau de démontrer par prépondérance de preuve que, contrairement aux prétentions de l'assureur, son invalidité persiste toujours. C'est à celui qui allègue l'existence d'une obligation de la démontrer. Aucun principe de droit ne permet de faire exception à cette règle dans les présentes.

([1988] R.J.Q. 430, à la p. 435.)

In view of the prism through which the trial judge viewed the evidence, I cannot conclude, as my colleague has done, that the outcome of the trial would have been the same if the judge had correctly assigned the burden of proof. In such circumstances, I consider that the ends of justice would be better served by a rehearing during which the appropriate rules of evidence would be applied.

For this reason, I would allow the appeal with costs and refer the matter back to the Superior Court so that the case can be heard taking account of the appropriate burden of proof.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitor for the respondent Caisse populaire de Maniwaki: Jean Trépanier, Maniwaki.

Solicitors for the respondent Assurance-vie Desjardins: Lavery, de Billy, Québec.

Vu le prisme à travers lequel le juge de première instance a analysé la preuve, je ne puis conclure, comme le fait mon collègue, que l'issue du procès aurait été la même si le juge avait correctement attribué le fardeau de preuve. Dans ces conditions, j'estime que les fins de la justice seraient mieux servies par une nouvelle audition au cours de laquelle les règles de preuve appropriées seraient appliquées.

Pour ce motif, je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens et de retourner le dossier à la Cour supérieure afin qu'il soit procédé à l'audition de la cause en tenant compte du fardeau de preuve approprié.

Pourvoi rejeté, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureur de l'intimée la Caisse populaire de Maniwaki: Jean Trépanier, Maniwaki.

Procureurs de l'intimée l'Assurance-vie Desjardins: Lavery, de Billy, Québec.

Sonia Jane Engel *Appellant*

v.

Kam-Ppelle Holdings Ltd., York Taxi Service Ltd. and Allan Salyn *Respondents*

INDEXED AS: ENGEL v. SALYN

File No.: 21970.

1992: October 14; 1993: January 21.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Torts — Damages — Calculation — Self-employed person — Calculation based on after-tax cost of replacement labour — Whether acceptable method of assessing appellant's pecuniary damages.

Torts — Damages — Mitigation — Tort victim refusing further tests — Expert medical opinion recommending conservative treatment — Whether appellant's refusal of medical treatment arbitrary or unreasonable resulting in failure to mitigate damages.

The appellant suffered a back injury in a motor vehicle accident. The sole issue at trial was the quantum of damages. The trial judge adopted a formula where the after-tax labour cost of replacement staff was calculated, grossed up by 10 percent to account for employee benefits, and then divided by two to reflect the fact that the appellant owned 50 percent of the business. During the trial, medical experts testified that, although further testing might reveal the exact nature of the injury, back surgery was not recommended unless her pain became unbearable. The appellant had followed this advice and refused to undergo further testing or surgery. The Court of Appeal ordered a new trial because it considered the formula for the calculation of loss of earnings to be inaccurate. It also considered the award for damages to be too high because appellant decided to refuse further testing and so failed to mitigate her losses. At issue here was: (1) whether the formula adopted by the trial judge was an acceptable method of assessing the appellant's pecuniary damages; and, (2) whether appellant arbitrar-

Sonia Jane Engel *Appelante*

c.

^a **Kam-Ppelle Holdings Ltd., York Taxi Service Ltd. et Allan Salyn** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: ENGEL c. SALYN

^b

N° du greffe: 21970.

1992: 14 octobre; 1993: 21 janvier.

^c Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

^d *Responsabilité délictuelle — Dommages-intérêts — Calcul — Personne établie à son compte — Calcul fondé sur le coût après impôt de la main-d'œuvre de remplacement — S'agit-il là d'une méthode valable d'évaluation des dommages pécuniaires de l'appelante?*

^e *Responsabilité délictuelle — Dommages-intérêts — Limitation du préjudice — Victime d'un délit civil refusant de subir de nouveaux tests — Traitement conservateur recommandé par des experts médicaux — Le refus de l'appelante de subir des traitements médicaux était-il arbitraire ou déraisonnable constituant ainsi un manquement à l'obligation de limiter le préjudice?*

^f L'appelante a subi une blessure au dos dans un accident d'automobile. L'unique question en litige au procès était le montant des dommages-intérêts. Le juge de première instance a adopté une formule consistant à calculer le coût après impôt du personnel de remplacement, majoré de 10 pour 100 pour tenir compte des avantages sociaux, et à diviser le montant ainsi obtenu par deux de manière à traduire le fait que l'entreprise appartenait à 50 pour 100 à l'appelante. Au cours du procès, des experts médicaux ont témoigné que de nouveaux tests pourraient révéler la nature précise de la lésion, mais qu'une intervention chirurgicale au dos était déconseillée, à moins que la douleur ne devienne insupportable. Suivant ce conseil, l'appelante a refusé de subir de nouveaux tests ou de se faire opérer. La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès parce qu'elle considérait comme inexacte la méthode de calcul de la perte. Elle a en outre jugé trop élevé le montant des dommages-intérêts puisque l'appelante a décidé de refuser de se soumettre à de nouveaux tests, manquant ainsi

ily or unreasonably refused medical testing and so failed to mitigate her damages.

Held: The appeal should be allowed.

The trial judge must attempt to put the injured party in the position that that party would have enjoyed if the accident had not occurred. Quantifying the victim's contribution to the business is inherently difficult in the case of self-employed persons. The best approach to calculating future losses is dictated by the particular circumstances. Expert witnesses may assist the judge in determining the most appropriate method. Here, the trial judge's approach was reasonable in the circumstances and even somewhat conservative.

Where the injured party is self-employed, decrease in salary may not be an appropriate measure of damages where the paid salary does not reflect the victim's actual contribution to the business. Similarly, a loss of profits approach may be warranted in some cases, and not in others. Inherent risks involved in owning a business may constitute a strong contingency factor but this can be counterbalanced by evidence of good earning potential. No evidence was tendered here on loss of profits (other than the loss attributable to the cost of replacement labour). Since nothing in the evidence suggested that the expert's approach was inappropriate, the Court of Appeal was not entitled to intervene.

The inviolability of the human body is a fundamental legal principle and, barring emergency situations, the onus for proving the need for medical testing lies on those seeking to have it performed. Although the appellant had the right to refuse medical testing intended to determine the exact nature of her injuries, the defendant must not be made to bear the cost of the injured party's choice where such refusal is unreasonable and arbitrary. The decision as to reasonableness is best made by the trier of fact who is in a position to appreciate the evidence first hand. Here, no evidence was tendered as to the lack of risk in undergoing the test or as to the gravity of the consequences in refusing it. The trial judge's con-

à son obligation de limiter son préjudice. Les questions en litige en l'espèce sont de savoir (1) si la formule adoptée par le premier juge représente une méthode valable d'évaluation des dommages pécuniaires de l'appelante et (2) si l'appelante a refusé d'une façon arbitraire ou déraisonnable de se soumettre aux tests médicaux, manquant par là à son obligation de limiter son préjudice.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge de première instance doit tenter de mettre la partie lésée dans la situation où elle se serait trouvée n'eût été l'accident. Dans le cas des personnes établies à leur compte, quantifier l'apport de la victime à l'entreprise est une tâche difficile en soi. Ce sont les circonstances particulières qui dictent la meilleure façon d'aborder le calcul des pertes futures. Des témoins experts peuvent aider le juge à décider de la méthode qui convient le mieux. En l'espèce, la méthode du juge de première instance était raisonnable dans les circonstances, voire plutôt prudente.

Lorsque la partie lésée est établie à son compte, la baisse de salaire n'est peut-être pas le critère approprié pour le calcul des dommages-intérêts si le salaire payé ne reflète pas l'apport réel de la victime à l'entreprise. De même, la méthode des profits perdus pourrait se justifier dans certains cas, mais non dans d'autres. Les risques inhérents à la possession d'une entreprise peuvent entraîner des aléas importants, mais c'est là un facteur auquel peut faire contrepoids une preuve de l'existence d'un bon potentiel de gains. En l'espèce, aucune preuve d'une perte de profits n'a été produite (hormis celle imputable au coût de la main-d'œuvre de remplacement). Comme il n'y a rien dans la preuve qui donne à entendre que la méthode de l'expert était inadéquate, l'intervention de la Cour d'appel n'était pas justifiée.

L'intégrité physique de la personne est un principe de droit fondamental et, sauf dans les situations d'urgence, le fardeau de démontrer la nécessité de tests médicaux incombe à ceux qui en demandent l'exécution. Bien que l'appelante fût en droit de refuser de subir des tests médicaux visant à déterminer la nature exacte de ses blessures, il ne faut pas faire supporter au défendeur le coût du choix de la partie lésée lorsque le refus est déraisonnable et arbitraire. C'est le juge des faits qui est en meilleure position pour prendre la décision quant au caractère raisonnable, car c'est lui qui peut apprécier la preuve de première main. En l'espèce, on n'a produit aucune preuve établissant que le test ne présentait pas de risque ni aucune preuve quant à la gravité des conséquences du refus de le subir. La conclusion du premier

clusion that the appellant did not act arbitrarily or unreasonably was well supported by the evidence.

Cases Cited

Considered: *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146; **referred to:** *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; *Thornton v. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388.

Statutes and Regulations Cited

Automobile Accident Insurance Act, R.S.S. 1978, c. A-35.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1990), 81 Sask. R. 153, [1990] 3 W.W.R. 277, allowing an appeal from a judgment of Maurice J. (1988), 68 Sask. R. 312. Appeal allowed.

Kenneth W. Wasylyshen and Daniel Dierker, for the appellant.

E. R. Gritzfeld, Q.C., for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J.—This case involves a claim for damages suffered in a motor vehicle accident. Two main issues are raised, namely (1) whether the Court of Appeal for Saskatchewan erred in remitting the matter of assessment of pecuniary damages to a new trial, and (2) whether a tort victim's refusal to undergo medical testing in order to determine the nature and extent of physical injuries necessarily constitutes a failure to mitigate damages.

I. The Facts

The appellant suffered an injury to her lower back as a result of a motor vehicle accident on February 6, 1982. Kam-Ppelle Holdings Ltd. and Allan Salyn admitted liability and the appellant

juge que l'appelante n'a agi ni arbitrairement ni déraisonnablement est solidement étayée par la preuve.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146; **arrêts mentionnés:** *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; *Thornton c. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267; *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388.

Lois et règlements cités

Automobile Accident Insurance Act, R.S.S. 1978, ch. A-35.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1990), 81 Sask. R. 153, [1990] 3 W.W.R. 277, qui a accueilli l'appel interjeté contre une décision du juge Maurice (1988), 68 Sask. R. 312. Pourvoi accueilli.

Kenneth W. Wasylyshen et Daniel Dierker, pour l'appelante.

E. R. Gritzfeld, c.r., pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER—Il s'agit en l'espèce d'une demande en dommages-intérêts découlant d'un accident de la route. Deux questions principales se posent: (1) Est-ce à tort que la Cour d'appel de la Saskatchewan a renvoyé la question de l'évaluation des dommages pécuniaires pour qu'elle soit tranchée dans le cadre d'un nouveau procès? (2) Le refus d'une victime d'un délit civil de se soumettre à des tests médicaux pour déterminer la nature et la gravité de ses lésions corporelles emporte-t-elle nécessairement manquement à l'obligation de limiter le préjudice?

I. Les faits

L'appelante a subi une blessure à la région lombaire par suite d'un accident d'automobile survenu le 6 février 1982. Kam-Ppelle Holdings Ltd. et Allan Salyn ont reconnu leur responsabilité et l'ap-

chose not to proceed against York Taxi Service Ltd. The sole issue at trial was the quantum of damages.

The appellant, 29 years of age at the time of the accident, has suffered chronic back pain since that time. Two weeks after the accident, she lost her job due to management changes. In April of 1982, she and her husband purchased a bakery which opened May 1, 1982 and has since been a successful venture. The appellant, characterized by the trial judge as a bright efficient worker with a strong work ethic, was unable to work at the bakery between May 1 and August 1, 1982. Two replacement workers were hired to do twelve hours of replacement labour per day. A clerical worker was paid at a rate of \$4.25 per hour and a baker was paid at a rate of \$8 per hour.

Since August 1, 1982, the appellant has only been able to work an average of five hours per day at the bakery, due to physical limitations caused by back pain. Her pain has made it impossible for her to enjoy some of her preferred activities such as dancing, swimming and gardening.

Physicians told the appellant that they were unsure whether her pain was muscular in nature or caused by a disk protrusion which could potentially be corrected by surgery. At trial, two medical experts testified that although a CT scan or myelogram might reveal the exact nature of the injury, back surgery was not recommended unless her pain became unbearable. The appellant chose not to undergo any further testing or surgery, pursuant to the physicians' recommendations.

II. The Decisions of the Courts Below

Court of Queen's Bench (1988), 68 Sask. R. 312

The appellant's non-pecuniary damages were assessed at \$30,000. The trial judge broke down the assessment of pecuniary damages into four distinct periods. For the period between February 6, 1982 and May 1, 1982, the appellant was awarded

pelante a choisi de mettre fin à sa poursuite contre York Taxi Service Ltd. L'unique question en litige au procès était le montant des dommages-intérêts.

L'appelante, âgée de 29 ans au moment de l'accident, souffre depuis lors d'une lombalgie chronique. Deux semaines après l'accident, elle a perdu son emploi en raison d'un licenciement. En avril 1982, son mari et elle ont fait l'acquisition d'une boulangerie, qui a ouvert ses portes le 1^{er} mai 1982 et qui, depuis, est prospère. L'appelante, qui a été qualifiée par le premier juge de travailleuse intelligente, efficace et très motivée, s'est vue dans l'impossibilité de travailler à la boulangerie entre le 1^{er} mai et le 1^{er} août 1982. Il a donc fallu engager deux suppléants qui travaillaient à eux deux douze heures par jour, soit un employé de bureau, rémunéré au taux de 4,25 \$ l'heure, et un boulanger, payé au taux horaire de 8 \$.

Depuis le 1^{er} août 1982, l'appelante n'a pu travailler en moyenne que cinq heures par jour à la boulangerie en raison des limites physiques que lui impose son mal de dos. Il lui est impossible de s'adonner à certaines de ses activités préférées comme la danse, la natation et le jardinage.

Les médecins ont dit à l'appelante ne pas être certains si sa douleur était de nature musculaire ou bien si elle résultait d'une protrusion discale susceptible d'être corrigée par une chirurgie. En première instance, deux experts médicaux ont témoigné qu'une scanographie ou un myélogramme pourrait peut-être révéler la nature précise de la lésion, mais qu'une intervention chirurgicale au dos était déconseillée, à moins que la douleur ne devienne insupportable. Suivant les recommandations des médecins, l'appelante a choisi de ne pas subir de nouveaux tests et de ne pas se faire opérer.

II. Les décisions des juridictions inférieures

Cour du Banc de la Reine (1988), 68 Sask. R. 312

Les dommages non pécuniaires de l'appelante ont été évalués à 30 000 \$. Aux fins de l'évaluation des dommages pécuniaires, le juge de première instance a retenu quatre périodes distinctes. Pour la période du 6 février 1982 au 1^{er} mai 1982,

two weeks' lost pay (\$464). The trial judge held that it was unlikely that she would have found employment prior to May 1, 1982, had she not been in the accident.

The second period addressed was between May 1, 1982 to August 1, 1982 when the appellant was unable to work at all. The trial judge accepted the formula proposed by economist Dr. Cameron which was to calculate the after-tax labour cost of replacement staff, grossed up by 10 percent to account for employee benefits, and divide the resulting amount by two, to reflect the fact that the appellant owned 50 percent of the business. Using this formula, damages for this period were assessed at \$1,340.78.

As for the third period between August 1, 1982 and June 1, 1988 in which the appellant worked an average of five hours per day, the number of replacement hours required was reduced from twelve to seven. Using the same formula set forth above, damages for this period amounted to \$24,746.13.

The last period discussed concerned future losses. The sum of \$82,357.60 was awarded under this heading. To arrive at this amount, the same after-tax replacement labour formula was used, however the total was discounted by 3 percent. Future losses were calculated until age 65 and were based on the assumption that the appellant would have worked every day except Sundays, public holidays and 14 vacation days per year. The total was further reduced by 20 percent to take into account various contingencies.

Further amounts were awarded for the cost of housekeeping services, and special damages. Sums received as payments under *The Automobile Accident Insurance Act*, R.S.S. 1978, at c. A-35, were deducted, and the total damage award came to \$144,000. The respondents entered an appeal.

il a accordé à l'appelante une somme correspondant à deux semaines de salaire perdu, soit 464 \$. D'après le premier juge, il était peu probable qu'elle aurait trouvé un emploi avant le 1^{er} mai 1982 si elle n'avait pas été victime de l'accident.

La deuxième période envisagée était celle du 1^{er} mai 1982 au 1^{er} août 1982, alors que l'appelante ne pouvait pas travailler du tout. Le juge de première instance a accepté la formule proposée par l'économiste M. Cameron, qui consiste à calculer le coût après impôt du personnel de remplacement, majoré de 10 pour 100 pour tenir compte des avantages sociaux, et à diviser le montant ainsi obtenu par deux de manière à traduire le fait que l'entreprise appartient à 50 pour 100 à l'appelante. Suivant cette formule, les dommages-intérêts pour la période en question ont été évalués à 1 340,78 \$.

Pour la troisième période, celle du 1^{er} août 1982 au 1^{er} juin 1988, pendant laquelle l'appelante a travaillé en moyenne cinq heures par jour, le nombre d'heures de remplacement a été réduit de douze à sept. Selon la formule énoncée ci-dessus, les dommages-intérêts pour cette période s'élevaient à 24 746,13 \$.

Pour ce qui est de la dernière période, ce sont les pertes futures qui sont en cause. La somme de 82 357,60 \$ a été accordée sous cette rubrique. Il s'agit d'un montant déterminé par l'application de la même formule du coût après impôt de la main-d'œuvre de remplacement, minoré cependant de 3 pour 100. On a calculé les pertes futures jusqu'à l'âge de 65 ans en tenant pour acquis que l'appelante aurait travaillé tous les jours sauf les dimanches, les jours fériés et pendant 14 jours de vacances par année. Le total a été en outre réduit de 20 pour 100 pour tenir compte des aléas.

Des montants supplémentaires ont été adjugés au double titre du coût des services d'entretien ménager et des dommages spéciaux. Il y a eu déduction des sommes versées en vertu de l'*Automobile Accident Insurance Act*, R.S.S. 1978, ch. A-35, de sorte que le montant total des dommages-intérêts était de 144 000 \$. Les intimés ont interjeté appel.

Court of Appeal (1990), 81 Sask. R. 153

The Court of Appeal for Saskatchewan was of the view that a new trial should be ordered on the basis that Dr. Cameron's approach to the calculation of loss of earnings was inaccurate and that the damage award should be reduced due to the appellant's failure to mitigate her losses.

Wakeling J.A. criticized the replacement costs approach, at p. 156:

It is important to recognize that Engel is not a wage earner but a business proprietor and her loss of capacity to earn must be assessed on that basis. The calculation of the loss does not therefore call for a detailed analysis of wages paid to others, but rather an analysis of the factors which make up Engel's contribution as one of the proprietors of a bakery business. That contribution involved her physical and intellectual energy, her business acumen, administrative, organizational and marketing skills and those other accomplishments which contributed to the operation of a bakery business she and her husband managed on an equal basis. Taking that proprietorship interest as her role in the business, it is apparent she was able to continue a reasonable and meaningful contribution.

He concluded, at p. 157, that there is a "need for a different approach in the calculation of the appropriate loss where the incapacitated party is not a wage earner".

On the issue of medical testing, the Court of Appeal was of the view that the appellant had arbitrarily refused to take tests and thus to mitigate her damages and that her damage award should be reduced accordingly. The main authority relied on was the decision of this Court in *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146.

III. Points in Issue

(1) Was the trial judge's calculation, based on the after-tax cost of replacement labour, an acceptable method of assessing the appellant's pecuniary damages?

Cour d'appel (1990), 81 Sask. R. 153

Selon la Cour d'appel de la Saskatchewan, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès à cause de l'inexactitude de la méthode de calcul de la perte qu'a utilisée M. Cameron et parce qu'il convient de réduire le montant des dommages-intérêts du fait que l'appelante n'a pas pris de mesures pour limiter les dommages.

Le juge Wakeling critique la méthode du coût de remplacement, à la p. 156:

[TRADUCTION] Il importe de reconnaître qu'Engel n'est pas une salariée mais bien la propriétaire d'une entreprise et c'est sur ce fondement qu'il faut évaluer la perte de sa capacité de gagner un revenu. Le calcul de la perte ne nécessite donc pas une analyse détaillée des salaires versés à d'autres, mais plutôt une analyse des éléments constituant l'apport de M^{me} Engel en tant que copropriétaire d'une boulangerie. Cet apport comprenait son énergie physique et intellectuelle, son savoir-faire commercial, ses compétences administratives, son sens de l'organisation, ses aptitudes en matière de marketing, ainsi que ses autres réalisations qui ont contribué à l'exploitation de la boulangerie, dont elle partageait la gestion à part égale avec son mari. Si l'on tient pour acquis que son rôle dans l'entreprise se définit en fonction de cette qualité de copropriétaire, il est évident qu'elle a pu continuer à y faire un apport raisonnable et important.

Il conclut, à la p. 157, [TRADUCTION] «[qu'] une méthode différente de calcul de la perte en question s'impose lorsque la personne frappée d'incapacité n'est pas un salarié».

Sur la question des tests médicaux, la Cour d'appel estime que l'appelante a arbitrairement refusé de subir des tests et, partant, de limiter son préjudice, si bien qu'il y a lieu de réduire en conséquence le montant des dommages-intérêts. Elle invoque principalement à cet égard l'arrêt de notre Cour *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146.

III. Les questions en litige

(1) Le calcul du premier juge, fondé sur le coût après impôt de la main-d'œuvre de remplacement, représente-t-il une méthode valable d'évaluation des dommages pécuniaires de l'appelante?

(2) Did the appellant arbitrarily or unreasonably refuse medical testing, thereby failing to mitigate her damages?

IV. Analysis

(1) *Assessment of Pecuniary Damages where the Injured Party is Self-employed*

(a) The Quantum in Issue

The appellant claimed special damages, that is, pre-trial pecuniary losses such as medication, hospital services, transportation costs, housekeeping expenses and replacement labour. The Court of Appeal decision does not take issue with the amounts awarded by the trial judge under this heading and, accordingly, the issue is not before us.

As for general damages, the trial judge awarded the sum of \$30,000 for non-pecuniary damages such as pain and suffering and loss of enjoyment of life. Again, this award is not disputed.

The appellant did not tender evidence in support of a claim for non-pecuniary losses associated with inability to work. The issue before us is whether the trial judge erred in relying on calculations based on after-tax cost of labour replacement in assessing pecuniary damages.

(b) The Calculation Method Used by the Court of Queen's Bench

The trial judge accepted the approach of an expert economist which consisted of calculating the after-tax labour cost of replacement staff, grossed up by 10 percent to account for employee benefits, and dividing the resulting amount by two, to reflect the fact that the appellant was only a 50 percent owner of the family business. As agreed by the parties, a discount rate of 3 percent was

(2) L'appelante a-t-elle refusé d'une façon arbitraire ou déraisonnable de se soumettre aux tests médicaux, manquant par là à son obligation de limiter son préjudice?

IV. Analyse

(1) *L'évaluation des dommages pécuniaires lorsque la partie lésée est établie à son compte*

a) Le montant en cause

L'appelante a réclamé des dommages-intérêts particuliers, c'est-à-dire pour les pertes pécuniaires, telles que les médicaments, les services hospitaliers, les frais de transport, les frais d'entretien ménager et la main-d'œuvre de remplacement, subies antérieurement au procès. L'arrêt de la Cour d'appel ne met pas en doute les montants accordés par le juge de première instance sous cette rubrique et, par conséquent, notre Cour n'est pas saisie de cette question.

En ce qui concerne les dommages-intérêts généraux, le premier juge a attribué la somme de 30 000 \$ pour les dommages non pécuniaires, comme la douleur et les souffrances et la perte de la jouissance de la vie. Cette somme n'est pas contestée elle non plus.

L'appelante n'a pas produit de preuve à l'appui d'une demande d'indemnisation des pertes non pécuniaires résultant de l'incapacité de travailler. Nous devons déterminer si c'est à tort que le juge de première instance a retenu aux fins de l'évaluation des dommages pécuniaires des calculs fondés sur le coût après impôt du remplacement de la main-d'œuvre.

b) La méthode de calcul employée par la Cour du Banc de la Reine

Le juge de première instance a accepté la méthode d'un économiste expert, qui consistait à calculer le coût après impôt du personnel de remplacement, majoré de 10 pour 100 pour tenir compte des avantages sociaux, puis à diviser par deux le montant ainsi obtenu de manière à traduire le fait que l'entreprise familiale n'appartient à l'appelante qu'à 50 pour 100. Comme l'ont convenu

applied. The total was further decreased by 20 percent to reflect such contingencies as the possibility that the appellant's energy and efficiency level might have diminished over time, that she might have died prior to age 65, and that business reversals might have occurred. In my opinion, not only was this approach reasonable in the circumstances, it could even be characterized as somewhat conservative.

In assessing damages for pecuniary losses, the objective sought is full compensation. Although it is virtually impossible to evaluate future losses with complete accuracy, the trial judge must attempt to put the injured party in the position that the party would have enjoyed if the accident had not occurred (see *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287, and *Thornton v. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267). In the case of self-employed persons, quantifying the victim's contribution to the business is inherently difficult. The best approach to calculating future losses must be dictated by the particular circumstances. Expert witnesses may assist the judge in determining the most appropriate method of calculation.

In the case of wage earners, forecasts are more easily based on the salary commanded before the date of the accident. However, where the injured party is self-employed, the decrease in salary may not be the appropriate measure of damages, where the paid salary does not reflect the victim's actual contribution to the business. Similarly, a loss of profits approach may be warranted in some cases, and not in others. In the case at bar, no evidence of loss of profits was presented, other than the loss attributable to the cost of replacement labour.

With respect, I am of the opinion that the Court of Appeal erred in ordering a new trial on this ground. The appellant claimed nothing more than the cost of replacement labour which clearly decreased her return from the business, namely 50 percent of such cost. The 10 percent increase

les parties, une réduction de 3 pour 100 a été appliquée. Le total a de plus été réduit de 20 pour 100 pour tenir compte d'aléas, comme la possibilité que l'appelante connaisse avec le temps une diminution de vitalité et d'efficacité, qu'elle meure avant l'âge de 65 ans et que l'entreprise ne subisse des revers. À mon avis, non seulement cette méthode était raisonnable dans les circonstances, mais elle peut même être qualifiée de relativement prudente.

Dans l'évaluation des dommages-intérêts pour pertes pécuniaires l'objet visé est l'indemnisation intégrale. Il est certes presque impossible d'évaluer avec une parfaite exactitude les pertes futures, mais le juge de première instance doit tenter de mettre la partie lésée dans la situation où elle se serait trouvée n'eût été l'accident (voir *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287, et *Thornton c. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267). Dans le cas des personnes établies à leur compte, quantifier l'apport de la victime à l'entreprise est une tâche difficile en soi. Ce sont les circonstances particulières qui doivent dicter la meilleure façon d'aborder le calcul des pertes futures. Des témoins experts peuvent aider le juge à décider de la méthode de calcul qui convient le mieux.

Lorsqu'il s'agit de salariés, il est plus facile de fonder les prévisions sur le salaire touché avant la date de l'accident. Toutefois, lorsque la partie lésée est établie à son compte, la baisse de salaire n'est peut-être pas le critère approprié pour le calcul des dommages-intérêts si le salaire payé ne reflète pas l'apport réel de la victime à l'entreprise. De même, la méthode des profits perdus pourrait se justifier dans certains cas, mais non dans d'autres. En l'espèce, aucune preuve d'une perte de profits n'a été produite, hormis celle imputable au coût de la main-d'œuvre de remplacement.

Avec égards, j'estime que la Cour d'appel a commis une erreur en ordonnant pour ce motif la tenue d'un nouveau procès. L'appelante n'a rien demandé d'autre que le paiement du coût de la main-d'œuvre de remplacement, lequel a visiblement fait baisser les gains qu'elle tirait de l'entre-

for employee benefits was reasonable. Given the evidence, the 20 percent contingency rate applied was not too low. While there are inherent risks involved in owning a business which may constitute a strong contingency factor, this is counterbalanced where there is evidence of good earning potential. In the case at hand, the evidence was indicative of such potential. Once again, I wish to stress that the appropriate method of calculation depends on the circumstances of the case. In my opinion, there was nothing in the evidence which suggested that the expert's approach was inappropriate and thus, the Court of Appeal was not entitled to intervene.

(c) The Court of Appeal's Proposed Method of Calculation

The Court of Appeal, at p. 156, suggested that the trial judge's assessment of damages was incorrect, in that it failed to take into account certain factors such as the appellant's "physical and intellectual energy, her business acumen, administrative, organizational and marketing skills and those other accomplishments which contributed to the operation of the bakery business". All of these factors may indeed be relevant to the determination of loss of earning capacity or the value of her contribution to the business. However, in the case at bar, no evidence was tendered on loss of profits attributable to the loss of such input. All that was claimed were replacement labour costs arising from the reduction of the appellant's working hours and thus, the trial judge's approach was not incorrect. The method of calculation used was not likely to place the appellant in a more favourable position than she would have enjoyed had the accident not occurred.

(2) *Right to Refuse Medical Testing*

(a) Inviolability of the Human Body

prise. D'où sa réclamation de 50 pour 100 de ce coût. La majoration de 10 pour 100 au titre des avantages sociaux est raisonnable. Compte tenu de la preuve, le taux de 20 pour 100 pour les aléas n'est pas insuffisant. Il y a bien sûr inhérents à la possession d'une entreprise des risques qui peuvent entraîner des aléas importants, mais c'est là un facteur auquel peut faire contrepoids une preuve de l'existence d'un bon potentiel de gains. Or, en l'espèce, la preuve fait état d'un tel potentiel. Je souligne donc encore une fois que la méthode appropriée de calcul tient aux circonstances de l'affaire. À mon avis, rien dans la preuve ne donnait à entendre que la méthode de calcul proposée par l'expert était inadéquate, et l'intervention de la Cour d'appel n'était donc pas justifiée.

c) La méthode de calcul proposée par la Cour d'appel

La Cour d'appel, à la p. 156, indique que l'évaluation des dommages-intérêts faite par le premier juge est entachée d'erreur en ce qu'elle ne tient pas compte de certains facteurs, tels que l'[TRADUCTION] «énergie physique et intellectuelle [de l'appelante], son savoir-faire commercial, ses compétences administratives, son sens de l'organisation, ses aptitudes en matière de marketing, ainsi que ses autres réalisations qui ont contribué à l'exploitation de la boulangerie». Tous ces facteurs peuvent fort bien être pertinents pour déterminer la perte du potentiel de gains ou la valeur de l'apport de l'appelante à l'entreprise. En l'espèce, toutefois, aucune preuve n'a été présentée quant au manque à gagner imputable à la perte de cette participation à l'entreprise. Seuls ont été réclamés les coûts de la main-d'œuvre de remplacement qui ont résulté de la réduction des heures de travail de l'appelante, de sorte que la démarche du juge de première instance n'était pas erronée. En effet, la méthode de calcul employée ne risquait pas de mettre l'appelante dans une situation plus favorable que celle où elle se serait trouvée s'il n'y avait pas eu d'accident.

(2) *Le droit de refuser les tests médicaux*

a) L'intégrité physique de la personne

The inviolability of the human body is a fundamental legal principle. As stated by this Court in *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388, at p. 437, "Since, barring emergency situations, a surgical procedure without consent ordinarily constitutes battery, it will be obvious that the onus of proving the need for the procedure is on those who seek to have it performed." The same principle can be transposed to medical testing. Clearly, the appellant had the right to refuse to undergo medical testing, with a view to determining the exact nature of her injuries.

(b) The Janiak Test

The respondents argue that the appellant's refusal to undergo medical testing was arbitrary and unreasonable and that this Court's decision in *Janiak v. Ippolito*, *supra*, should be applied. In *Janiak*, damages were considerably reduced due to failure to mitigate damages.

This Court held in *Janiak* that where an injured party, who is fully competent and capable, unreasonably and arbitrarily refuses to receive treatment, the injured party may not force the defendant to bear the cost of this choice.

I agree with the submission that the *Janiak* principle can be applied to medical testing. Although an injured party is free to decline medical testing, where such refusal is unreasonable and arbitrary, the defendant must not be made to bear the cost of the injured party's choice. Failure to take medical tests in order to determine the nature and extent of an injury raises the issue of the failure to mitigate damages.

(c) Application of the Test to this Case

The Court of Appeal concluded, at p. 157, that the appellant had "arbitrarily refused to take tests which enable diagnosis of her injury" and thus, damages should be reduced accordingly. The trial

L'intégrité physique de la personne est un principe de droit fondamental. Comme l'a affirmé notre Cour dans l'arrêt *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388, aux pp. 437 et 438: «Étant donné que, sauf dans les situations d'urgence, une intervention chirurgicale sans consentement constitue habituellement des voies de fait, il ressort que le fardeau de démontrer la nécessité de l'acte médical incombe à ceux qui en demandent l'exécution». Le même principe s'applique aux tests médicaux. L'appelante avait de toute évidence le droit de refuser de subir des tests médicaux visant à déterminer la nature exacte de ses blessures.

b) Le critère de l'arrêt Janiak

Les intimés soutiennent que le refus de l'appelante de subir des tests médicaux était arbitraire et déraisonnable et qu'il y a lieu d'appliquer en l'espèce notre arrêt *Janiak c. Ippolito*, précité. Dans cette affaire, le montant des dommages-intérêts a été sensiblement réduit du fait du manquement à l'obligation de limiter le préjudice.

Notre Cour a statué dans *Janiak* que la partie lésée qui, étant en pleine possession de la capacité voulue, refuse déraisonnablement et arbitrairement d'accepter des traitements, ne saurait obliger le défendeur à supporter le coût de ce choix.

Je souscris à l'argument selon lequel le principe posé dans l'arrêt *Janiak* peut être appliqué aux tests médicaux. Bien qu'une partie lésée soit libre de refuser tout test médical, il ne faut pas faire supporter au défendeur le coût du choix de la partie lésée lorsque le refus est déraisonnable et arbitraire. Le refus de se soumettre à des tests médicaux visant à déterminer la nature et la gravité des blessures soulève donc la question du manquement à l'obligation de limiter le préjudice.

c) L'application du critère en l'espèce

La Cour d'appel conclut, à la p. 157, que l'appelante a [TRADUCTION] «arbitrairement refusé de subir des tests médicaux permettant de diagnostiquer ses blessures», de sorte qu'il y a lieu de réduire en conséquence le montant de ses dommages-intérêts. Elle critique la décision du juge de

judge's decision was criticized in the following terms, at p. 157:

His summary of the evidence may be correct, but it appears to erroneously assume that if the doctors can accept her decision to refuse diagnostic testing and prospective medical treatment, the law should likewise do so.

The position that the law should take is indeed highly dependant on the position taken by the medical profession. As stated by Wilson J. in *Janiak*, at p. 162:

It would appear from the authorities that as long as a plaintiff follows any one of several courses of treatment recommended by the medical advisers he consults he should not be said to have acted unreasonably.

She referred to three other factors relevant to the analysis, at pp. 162-63:

In making his finding as to the reasonableness or otherwise of a refusal of medical treatment, the trier of fact will also, of course, take into consideration the degree of risk to the plaintiff from the surgery (*Taylor v. Addems and Addems*, [1932] 1 W.W.R. 505 (Sask. C.A.)), the gravity of the consequences of refusing it (*Masny v. Carter-Hall-Aldinger Co.*, [1929] 3 W.W.R. 741 (Sask. K.B.)), and the potential benefits to be derived from it (*Matters v. Baker and Fawcett*, [1951] S.A.S.R. 91 (S.C.)).

The same is true of medical tests. The decision as to the reasonableness of the tort victim's refusal to undergo medical testing or treatment is best made by the trier of fact who is in a position to appreciate the evidence first hand. In the case at hand, the trial judge's conclusion that the appellant did not act arbitrarily or unreasonably was well supported by the evidence. The appellant's expert Dr. Jowsey testified that her symptoms did not warrant surgery:

... her symptoms are not such that I am—even if this were a disk protrusion, that I am terribly enthusiastic about disk surgery either.

The defendants' expert Dr. Ekong was of the same opinion:

première instance dans les termes suivants, à la p. 157:

[TRADUCTION] Peut-être son résumé de la preuve est-il exact, mais il semble y supposer, à tort, que si les médecins peuvent accepter sa décision de refuser les tests de diagnostic et les traitements médicaux éventuels, les tribunaux devraient en faire autant.

La position à adopter par les tribunaux dépend effectivement, dans une large mesure, de celle des médecins. Comme l'affirme le juge Wilson dans l'arrêt *Janiak*, à la p. 162:

Il semblerait, d'après la jurisprudence, que dans la mesure où un demandeur suit l'une ou l'autre des différentes formes de traitement recommandées par les médecins qu'il a consultés, on ne puisse pas dire qu'il a agi déraisonnablement.

Aux pages 162 et 163, elle mentionne trois autres facteurs qui sont pertinents aux fins de l'analyse:

En déterminant le caractère raisonnable ou déraisonnable du refus de subir un traitement médical, il va de soi que le juge des faits doit également tenir compte du risque auquel l'intervention chirurgicale expose le demandeur (*Taylor v. Addems and Addems*, [1932] 1 W.W.R. 505 (C.A. Sask.)), de la gravité des conséquences du refus de la subir (*Masny v. Carter-Hall-Aldinger Co.*, [1929] 3 W.W.R. 741 (B.R. Sask.)) et des avantages qui peuvent en découler (*Matters v. Baker and Fawcett*, [1951] S.A.S.R. 91 (C.S.)).

Ainsi en est-il également des tests médicaux. En effet, le juge des faits est en meilleure position pour prendre la décision quant au caractère raisonnable du refus de la victime d'un délit civil de subir des tests ou des traitements médicaux, car c'est lui qui peut apprécier la preuve de première main. En l'espèce, la conclusion du premier juge que l'appelante n'a agi ni arbitrairement ni déraisonnablement est solidement étayée par la preuve. Le Dr Jowsey, l'expert de l'appelante, a témoigné que les symptômes de cette dernière ne justifiaient pas une intervention chirurgicale:

[TRADUCTION] ... d'ailleurs, ses symptômes ne sont pas tels que, même s'il s'agissait d'une protrusion discale, j'envisagerais très volontiers une intervention chirurgicale.

Le Dr Ekong, l'expert des défendeurs, était du même avis:

If she felt that she had enough problems to warrant wanting something for that to be done to correct the problem, that the prudent way to go would be to proceed with CT scan and possibly myelography if so indicated. I indicated that to her, though, that only—that based on the examination, I wasn't actually terribly impressed that that was indicated; that conservative treatment should be tried under those circumstances.

I agree with the trial judge's conclusion at p. 314 that, given these opinions, it follows that "no useful purpose can be [was] served by further tests" and that the appellant's refusal was therefore fully justified.

As indicated by the Court of Appeal, the respondents had the burden of proving that the appellant failed to mitigate her damages. However, no evidence concerning the lack of risk involved in undergoing the test was presented. The gravity of the consequences of refusing the test was not established, as even the respondents' own expert suggested that the level of pain suffered by the appellant was such that surgery was not warranted.

Evidence was presented on the issue of the potential benefit which might be derived from surgery. However, given the recommendation that the appellant not undergo surgery unless her condition worsened, the trial judge rightfully gave no weight to this consideration.

V. Conclusion

For these reasons, I am of the view that the appeal should be allowed, with costs both here and in the courts below, and that the Court of Queen's Bench decision should be restored.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Wasylyshen & Stephaniuk, Yorkton.

Solicitors for the respondents: Gritzfeld & Associates, Regina.

[TRADUCTION] Si elle croyait ses troubles suffisamment graves pour justifier la prise de mesures pour y remédier, la façon prudente de procéder aurait été de pratiquer une scanographie et, éventuellement, une myélographie, si cela était indiqué. J'ai dit toutefois que dans son cas—que, l'ayant examinée, je n'étais vraiment pas très convaincu que c'est ce qu'il fallait faire. Il convenait plutôt, dans les circonstances, d'essayer un traitement conservateur.

Tout comme le juge de première instance, à la p. 314, j'estime qu'il découle de ces opinions qu'[TRADUCTION] «il ne servirait [servait] à rien qu'elle subisse d'autres tests» et que le refus de l'appelante était en conséquence tout à fait justifié.

Comme l'a indiqué la Cour d'appel, c'est aux intimés qu'il incombait de prouver que l'appelante a manqué à son obligation de limiter son préjudice. Cependant, aucune preuve établissant que le test ne présentait aucun risque n'a été produite. On n'a pas établi la gravité des conséquences du refus de le subir, car même l'expert des intimés a indiqué que la douleur éprouvée par l'appelante ne justifiait pas une intervention chirurgicale.

Des éléments de preuve des avantages possibles d'une intervention chirurgicale ont été présentés. Toutefois, compte tenu de la recommandation que l'appelante ne se fasse opérer que si son état empirait, le juge de première instance a décidé à bon droit de ne pas attacher d'importance à cette considération.

g V. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et de rétablir la décision de la Cour du Banc de la Reine.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Wasylyshen & Stephaniuk, Yorkton.

Procureurs des intimés: Gritzfeld & Associates, Regina.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 1993 Vol. 1

3^e cahier, 1993 Vol. 1

Cited as [1993] 1 S.C.R. 319-495

Renvoi [1993] 1 R.C.S. 319-495

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

CONTENTS

Baron v. Canada..... 416

Income tax — Enforcement — Search and seizure — Warrant authorizing search and seizure executed — Provision of Income Tax Act authorizing issuance of warrants restricting judicial discretion to issue warrants — Whether s. 231.3 of the Income Tax Act infringing ss. 7 and 8 of the Charter — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231.3 (ad. S.C. 1986, c. 6, s. 121) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)..... 319

Constitutional law — Charter of Rights — Application of Charter — Provincial legislatures — Parliamentary privileges — Nova Scotia House of Assembly refusing media access to public gallery to film proceedings with their own cameras — Whether Charter applicable to a legislative assembly — Whether exercise of privileges by members of a legislative as-

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
LYNE RENAUD

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

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

SOMMAIRE

Baron c. Canada..... 416

Impôt sur le revenu — Mise en application — Perquisition et saisie — Exécution d'un mandat qui autorise une perquisition et une saisie — Restriction du pouvoir discrétionnaire judiciaire de décerner des mandats par une disposition de la Loi de l'impôt sur le revenu qui autorise la délivrance de mandats — L'article 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu porte-t-il atteinte aux art. 7 et 8 de la Charte? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231.3 (aj. S.C. 1986, ch. 6, art. 121) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)..... 319

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application de la Charte — Législatures provinciales — Privilèges parlementaires — Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse refusant

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

sembly subject to Charter review — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32(1)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Provincial legislature refusing media access to public gallery to film proceedings with their own cameras — Whether refusal infringes guarantee of freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Constitutional law — Parliamentary privileges — Provincial legislatures — Whether privileges of a provincial legislature part of Constitution of Canada — Constitution Act, 1867, preamble.

R. v. Alkerton 468

Criminal law — Procedure — Jury — Judge exhorting jury to come to verdict — Whether Court of Appeal correctly finding trial judge's exhortation to be in error.

R. v. Honish..... 458

Criminal law — Defences — Issue of self-induced intoxication resulting in automatism not live here — Case of intoxication.

R. v. Jones 460

Criminal law — Appeals to Supreme Court of Canada — Appeal as of right from conviction — Dissent in Court of Appeal not on question of law — Appeal dismissed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 691(1)(a).

R. v. Morgentaler 462

Practice — Intervention — New issues — Supreme Court of Canada — Motion to prohibit intervener from presenting argument on federal peace, order and good government power — Intervener not entitled to widen or add to points in issue — Motion granted.

R. v. P. (J.)..... 469

Criminal law — Evidence — Children — Exceptions to hearsay rule — Capacity of children to testify — Whether trial judge erred in failing to inquire into three-year-old child's capacity to testify before admitting mother's hearsay evidence — Whether conviction should nonetheless be upheld — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. Pitt..... 466

Criminal law — Trial — Charge to jury — Sexual assault — Consent — Trial judge adequately instructing jury as to force vitiating consent.

R. v. Pouliot..... 456

Criminal law — Trial — Charge to jury — Comments on closing addresses of counsel — Beginning of trial judge's charge to jury amounting to a reply to defence counsel's closing ad-

SOMMAIRE (Suite)

aux médias l'accès à la tribune du public pour filmer les débats avec leurs propres caméras — La Charte s'applique-t-elle à une assemblée législative? — L'exercice de privilèges par des membres d'une assemblée législative est-il assujéti à un examen fondé sur la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32(1)b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Législature provinciale refusant aux médias l'accès à la tribune du public pour filmer les débats avec leurs propres caméras — Ce refus porte-t-il atteinte à la garantie de liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Droit constitutionnel — Privilèges parlementaires — Législatures provinciales — Les privilèges d'une législature provinciale font-ils partie de la Constitution du Canada? — Loi constitutionnelle de 1867, préambule.

R. c. Alkerton 468

Droit criminel — Procédure — Jury — Juge exhortant le jury à en arriver à un verdict — La Cour d'appel a-t-elle eu raison de conclure que l'exhortation du juge du procès était erronée?

R. c. Honish..... 458

Droit criminel — Moyens de défense — La question de l'intoxication volontaire entraînant des automatismes ne se pose pas — Cas d'intoxication.

R. c. Jones 460

Droit criminel — Appels devant la Cour suprême du Canada — Appel de plein droit d'une déclaration de culpabilité — Dissidence en Cour d'appel ne portant pas sur une question de droit — Appel rejeté — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1)a).

R. c. Morgentaler 462

Pratique — Intervention — Nouvelles questions — Cour suprême du Canada — Requête en vue d'interdire à un intervenant d'avancer l'argument de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement — Un intervenant n'a pas le droit d'élargir la portée des questions en litige ou d'y ajouter quoi que ce soit — Requête accordée.

R. c. P. (J.)..... 469

Droit criminel — Preuve — Enfants — Exceptions à l'exclusion du oui-dire — Capacité de témoigner des enfants — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant de vérifier si un enfant de trois ans était apte à témoigner avant d'admettre la preuve par oui-dire de la mère? — La déclaration de culpabilité devrait-elle quand même être maintenue? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

dress — Miscarriage of justice — New trial ordered — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(iii).

Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque 471

Labour relations — Judicial review — Excess of jurisdiction — Arbitration — Dismissal due to lack of funds — Whether refusal by arbitrator to admit relevant and admissible evidence necessarily a breach of rules of natural justice — New arbitration before another arbitrator.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Pitt..... 466

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Agression sexuelle — Consentement — Directives adéquates données au jury par le juge du procès quant à la force nécessaire pour rendre nul le consentement.

R. c. Pouliot..... 456

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Commentaires sur les plaidoiries des avocats — Début de l'exposé du juge du procès au jury équivalant à une réplique à la plaidoirie de la défense — Erreur judiciaire — Nouveau procès ordonné — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(iii).

Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque 471

Relations de travail — Contrôle judiciaire — Excès de compétence — Arbitrage — Congédiement dû à un manque de fonds — Est-ce que le refus de l'arbitre d'admettre d'une preuve pertinente et admissible constitue nécessairement une violation des principes de justice naturelle? — Nouvel arbitrage devant un autre arbitre.

**Arthur Donahoe in his capacity as the
Speaker of the House of
Assembly** *Appellant*

v.

Canadian Broadcasting Corporation
Respondent

and

**The Honourable Guy Charbonneau,
Speaker of the Senate, the Honourable John
Fraser, Speaker of the House of Commons,
the Honourable David Warner, Speaker of
the Legislative Assembly of the province of
Ontario, the Honourable Jean-Pierre
Saintonge, President of the National
Assembly of Quebec, the Honourable Denis
Rocan, Speaker of the Legislative Assembly
of the province of Manitoba, the Speaker of
the Legislative Assembly of the province of
British Columbia, the Honourable
Edward W. Clark, Speaker of the
Legislative Assembly of the province of
Prince Edward Island, the Honourable
Herman Rolfes, Speaker of the Legislative
Assembly of the province of Saskatchewan,
the Honourable David John Carter, Speaker
of the Legislative Assembly of the province
of Alberta, the Honourable Thomas Lush,
Speaker of the House of Assembly of the
province of Newfoundland, the Speaker of
the Legislative Assembly of the Northwest
Territories, the Speaker of the Legislative
Assembly of the Yukon, the Attorney
General for Ontario, the Attorney General
of British Columbia and the Canadian
Association of Journalists** *Interveners*

INDEXED AS: NEW BRUNSWICK BROADCASTING CO. v.
NOVA SCOTIA (SPEAKER OF THE HOUSE OF ASSEMBLY)

File No.: 22457.

**Arthur Donahoe en sa qualité de président
de l'Assemblée législative** *Appelant*

a

c.

Société Radio-Canada *Intimée*

b

et

c L'honorable Guy Charbonneau, président
du Sénat, l'honorable John Fraser,
président de la Chambre des communes,
l'honorable David Warner, président de
l'Assemblée législative de la province
d d'Ontario, l'honorable Jean-Pierre
Saintonge, président de l'Assemblée
nationale du Québec, l'honorable Denis
Rocan, orateur de l'Assemblée législative de
e la province du Manitoba, le président de
l'Assemblée législative de la province de la
Colombie-Britannique, l'honorable
Edward W. Clark, président de l'Assemblée
législative de la province de l'Île-du-Prince-
f Édouard, l'honorable Herman Rolfes,
président de l'Assemblée législative de la
province de la Saskatchewan, l'honorable
David John Carter, président de l'Assemblée
g législative de la province d'Alberta,
l'honorable Thomas Lush, président de
l'Assemblée législative de la province de
Terre-Neuve, le président de l'Assemblée
h législative des Territoires du Nord-Ouest, le
président de l'Assemblée législative du
Yukon, le procureur général de l'Ontario, le
procureur général de la Colombie-
i Britannique et l'Association canadienne des
journalistes *Intervenants*

j

RÉPERTORIÉ: NEW BRUNSWICK BROADCASTING CO. c.
NOUVELLE-ÉCOSSE (PRÉSIDENT DE L'ASSEMBLÉE
LÉGISLATIVE)

N° du greffe: 22457.

1992: March 2, 3; 1993: January 21.

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

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Constitutional law — Charter of Rights — Application of Charter — Provincial legislatures — Parliamentary privileges — Nova Scotia House of Assembly refusing media access to public gallery to film proceedings with their own cameras — Whether Charter applicable to a legislative assembly — Whether exercise of privileges by members of a legislative assembly subject to Charter review — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32(1)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Provincial legislature refusing media access to public gallery to film proceedings with their own cameras — Whether refusal infringes guarantee of freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Constitutional law — Parliamentary privileges — Provincial legislatures — Whether privileges of a provincial legislature part of Constitution of Canada — Constitution Act, 1867, preamble.

The respondent made an application to the Nova Scotia Supreme Court, Trial Division for an order allowing it "to film the proceedings of the House of Assembly with its own cameras". The application was based on s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guarantees freedom of expression, including freedom of the press. The media have regular access to the public gallery in the House where they may witness the proceedings and they also have access to Hansard, but the House of Assembly, in the exercise of its parliamentary privileges, has prohibited the use of television cameras in the House, except on special occasions. The respondent claimed that it was possible to film the proceedings from the public gallery with modern hand-held cameras which were both silent and required no special lighting or electrical equipment. In his evidence, the Speaker indicated that the respondent's proposal would interfere with the decorum and orderly proceedings of the House. Apart from controlling decorum, the House would have no control over the production and use of the film. The trial judge granted the

* Stevenson J. took no part in the judgment.

1992: 2, 3 mars; 1993: 21 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, SECTION D'APPEL

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application de la Charte — Législatures provinciales — Privilèges parlementaires — Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse refusant aux médias l'accès à la tribune du public pour filmer les débats avec leurs propres caméras — La Charte s'applique-t-elle à une assemblée législative? — L'exercice de privilèges par des membres d'une assemblée législative est-il assujéti à un examen fondé sur la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32(1)b.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Législature provinciale refusant aux médias l'accès à la tribune du public pour filmer les débats avec leurs propres caméras — Ce refus porte-t-il atteinte à la garantie de liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Droit constitutionnel — Privilèges parlementaires — Législatures provinciales — Les privilèges d'une législature provinciale font-ils partie de la Constitution du Canada? — Loi constitutionnelle de 1867, préambule.

L'intimée a demandé, par requête à la Section de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, une ordonnance l'autorisant «à filmer les débats de l'assemblée législative avec ses propres caméras». La requête était fondée sur l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit la liberté d'expression, y compris la liberté de la presse. Les médias ont régulièrement accès à la tribune de la presse de l'Assemblée, d'où ils peuvent assister aux débats, et ils ont également accès au compte rendu officiel des débats mais, dans l'exercice de ses privilèges parlementaires, l'assemblée législative a interdit l'utilisation de caméras de télévision, sauf dans des occasions spéciales. L'intimée a prétendu qu'il était possible de filmer les débats à partir de la tribune du public au moyen de caméras portatives modernes qui sont silencieuses et n'exigent aucun éclairage ou équipement électrique spécial. Dans son témoignage, le président a indiqué que l'utilisation de caméras proposée par l'intimée nuirait au décorum et au bon déroulement des débats de l'Assemblée. En plus de la question du décorum, l'Assemblée n'exercerait

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

respondent's claim and the Appeal Division confirmed its right of access, pursuant to s. 2(b) of the *Charter*, to televise the proceedings of the House from the gallery with its own unobtrusive cameras. The question as to whether any limits could be placed on this right of access was left open.

Since the judgment of the Appeal Division, the House of Assembly's proceedings have been televised through a system approved and controlled by the House. The cameras of the "electronic Hansard" record only the member recognized by the Speaker as having the floor. A direct feed of the "electronic Hansard" is available to the media who are able to broadcast the proceedings live or tape them.

The constitutional questions stated here queried (1) whether the *Charter* applies to the members of the House of Assembly when exercising their privileges as members; (2) if so, whether exercising a privilege so as to refuse access to the media to the public gallery to record and relay to the public proceedings of the House of Assembly by means of their cameras contravenes s. 2(b) of the *Charter*; and (3) if so, whether such refusal is justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Held (Cory J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ.: The *Charter* does not apply to the members of the Nova Scotia House of Assembly when they exercise their inherent privileges, since the inherent privileges of a legislative body such as the Nova Scotia House of Assembly enjoy constitutional status.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ.: A textual and purposive approach to s. 32(1) of the *Charter* does not support the conclusion that a legislative assembly can never be subject to the *Charter*. By the terms of the *Charter* itself, the word "legislature" in s. 32(1) cannot conclusively be narrowly defined to cover only those actions for which the legislative body and the Queen's representative are jointly responsible. Further, the tradition of curial deference does not extend to everything a legislative assembly might do, but is firmly attached to certain specific activities—the privileges—of legislative assemblies. Without deciding that the legislative assembly is a govern-

aucun contrôle sur la production et l'utilisation du film. Le juge de première instance a accueilli la demande de l'intimée et la Section d'appel a confirmé son droit d'accès, conformément à l'al. 2b) de la *Charte*, afin de téléviser les débats de l'Assemblée à partir des tribunes en utilisant de façon discrète ses propres caméras. Il n'a pas été répondu à la question de savoir si ce droit d'accès peut être assujéti à certaines limites.

Depuis l'arrêt rendu par la Section d'appel, les débats de l'assemblée législative sont télévisés au moyen d'un système approuvé et contrôlé par l'Assemblée. Les caméras du «compte rendu officiel électronique» filment seulement le député à qui le président donne la parole. Les médias peuvent utiliser directement ce «compte rendu officiel électronique» et peuvent donc télédiffuser les débats ou les enregistrer.

Les questions constitutionnelles en l'espèce demandent (1) si la *Charte* s'applique aux membres de l'assemblée législative lorsqu'ils exercent leurs privilèges de députés; (2) dans l'affirmative, si l'exercice d'un privilège pour refuser l'accès aux médias à la tribune du public, afin de les empêcher d'enregistrer et de retransmettre au public les débats de l'assemblée législative au moyen de leurs caméras, contrevient à l'al. 2b) de la *Charte*; et (3) dans l'affirmative, si pareil refus peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt (le juge Cory est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin et Iacobucci: La *Charte* ne s'applique pas aux membres de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse lorsqu'ils exercent leurs privilèges inhérents, puisque les privilèges inhérents d'un organisme législatif comme l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse bénéficient d'un statut constitutionnel.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin et Iacobucci: Une interprétation du par. 32(1) de la *Charte*, fondée sur le texte et sur l'objet visé, n'appuie pas la conclusion qu'une assemblée législative ne peut jamais être assujéti à la *Charte*. Aux termes de la *Charte* elle-même, le terme «législature» utilisé au par. 32(1) ne saurait définitivement être interprété de façon restrictive de manière à viser seulement les actes dont l'organisme législatif et le représentant de la Reine sont conjointement responsables. En outre, la tradition de retenue judiciaire ne s'applique pas à tous les actes susceptibles d'être accomplis par une assemblée législative, mais se rattache fermement à certaines de ses activités spéci-

ment actor for all purposes, as a public body it might be capable of impinging on individual freedoms in areas not protected by privilege. The legislative assembly could, therefore, fall within the rationale for regarding such bodies as government actors subject to the *Charter*. Absent specific *Charter* language to the contrary, however, the long history of curial deference to the independence of the legislative body, and to the rights necessary to the functioning of that body, cannot be lightly set aside, even conceding that our notions of what is permitted to government actors have been significantly altered by the enactment and entrenchment of the *Charter*.

The *Charter* does not apply to the House of Assembly's action at issue in this appeal. The privilege of the legislative assembly to exclude strangers enjoys constitutional status as part of the Constitution of Canada, and hence cannot be abrogated by another part of the Constitution. The House of Assembly has the constitutional power to exclude strangers from its chamber by virtue of the preamble to the *Constitution Act, 1867*, which proclaims an intention to establish "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom". This preamble constitutionally guarantees the continuance of Parliamentary governance and, given Canadian federalism, this guarantee extends to the provincial legislatures in the same manner as to the federal Parliament. The Constitution of the United Kingdom recognized certain privileges in the British Parliament. Since the Canadian legislative bodies were modelled on the Parliamentary system of the United Kingdom, they possess similar, although not necessarily identical, powers. Given the clear and stated intention of the founders of our country that Canada retain the fundamental constitutional tenets upon which British parliamentary democracy rested, it seems indisputable that the inherent privileges of Canada's legislative bodies, historically recognized as necessary to their proper functioning, fall within the group of principles constitutionalized by virtue of the preamble. This is not a case of importing an unexpressed concept into our constitutional regime, but rather of recognizing a legal power fundamental to the constitutional regime which Canada has adopted. The definition of "Constitution of Canada" in s. 52(2) of the *Constitution Act, 1982* is not clearly meant to be exhaustive and the interpretation of that section should not be restricted in such a way as to preclude giving effect to the intention behind the preamble to the *Constitution Act, 1867*, thereby denying recognition to the minimal,

fiques, c'est-à-dire les privilèges. Sans décider que l'assemblée législative est un acteur gouvernemental à quelque fin que ce soit, elle est susceptible, en tant qu'organisme public, de porter atteinte aux libertés individuelles dans des domaines non protégés par un privilège. En conséquence, l'assemblée législative pourrait être visée par le raisonnement justifiant de considérer de tels organismes comme des acteurs gouvernementaux assujettis à la *Charte*. En l'absence de termes spécifiques contraires dans la *Charte*, cependant, on ne saurait écarter à la légère la longue tradition de retenue judiciaire à l'égard de l'indépendance du corps législatif et des droits nécessaires à son fonctionnement, même en admettant que nos notions de ce que peuvent faire les acteurs gouvernementaux ont beaucoup changé depuis l'adoption et l'enchéassement de la *Charte*.

La *Charte* ne s'applique pas aux actes de l'assemblée législative en cause dans le présent pourvoi. Le privilège de l'assemblée législative d'exclure des étrangers bénéficie d'un statut constitutionnel en ce qu'il fait partie de la Constitution du Canada et ne peut donc être abrogé par une autre partie de la Constitution. L'assemblée législative a le pouvoir constitutionnel d'exclure des étrangers de son enceinte en vertu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui exprime l'intention de mettre en place «une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni». Ce préambule garantit constitutionnellement le maintien du gouvernement parlementaire; compte tenu du fédéralisme canadien, cette garantie s'étend aux législatures provinciales de la même manière qu'au Parlement fédéral. La Constitution du Royaume-Uni reconnaissait certains privilèges au Parlement britannique. Comme les corps législatifs canadiens se sont inspirés du système parlementaire du Royaume-Uni, ils possèdent des pouvoirs similaires quoique non nécessairement identiques. Puisque les fondateurs de notre pays avaient l'intention claire et nette que le Canada conserve les préceptes constitutionnels fondamentaux qui sous-tendaient la démocratie parlementaire britannique, il semble incontestable que les privilèges inhérents des organismes législatifs du Canada, qui ont traditionnellement été jugés nécessaires à leur bon fonctionnement, font partie du groupe de principes constitutionnalisés en vertu de ce préambule. Il s'agit non pas de transposer dans notre régime constitutionnel un concept inexprimé, mais plutôt de reconnaître un pouvoir juridique fondamental au régime constitutionnel que le Canada a adopté. La définition de l'expression «Constitution du Canada» au par. 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne se veut pas clairement exhaustif et il ne faudrait pas limiter l'interprétation de cette disposition de façon à écarter l'intention

but long recognized and essential, inherent privileges of Canadian legislative bodies.

From an historical perspective, Canadian legislative bodies had, from their inception, those privileges which were necessary for the maintenance of order and discipline during the performance of their duties. These privileges are part of the fundamental law of our land, and hence are constitutional. While courts may determine if the privilege claimed is necessary to the capacity of the legislature to function, they have no power to review the rightness or wrongness of a particular decision made pursuant to the privilege.

Finally, from a practical point of view, a legislative body must possess such constitutional powers as are necessary for its proper functioning. An absolute right to exclude strangers from its chamber, when it deems them to be disruptive of its efficacious operation, is a valid category of privilege founded on necessity. This privilege is as necessary to modern Canadian democracy as it has been to democracies here and elsewhere in past centuries.

The Speaker of the House of Assembly ruled against the media's demands because he was of the view that they would interfere with the decorum and efficacious proceedings of the House. In doing so, he acted within the ambit of his constitutional power to control attendance in the House. It follows that this constitutional power cannot be abrogated by the *Charter*. At issue is a valid constitutional power. To subject this power to the *Charter* would be to negate this power. Were the issue here an action taken pursuant to a valid power, that action might be subject to *Charter* scrutiny.

La Forest J.'s reasons were also agreed with.

Per La Forest J.: The reasons of McLachlin J. were generally agreed with, subject to the following comments. When the British government granted a legislative assembly to a colony, the grant carried with it, as an adjunct, the powers (or parliamentary privileges) necessary for that body to carry out its functions, in particular the power to regulate its internal processes, but not the broader parliamentary privileges of the British Parliament. The legislative assembly, with its concomitant privileges, was part of the colony's constitution, and in the case of the pre-existing provinces, like Nova Scotia, was continued by the *Constitution Act, 1867*. Parliamentary legislative privileges in Nova Scotia are, therefore,

qui sous-tend le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et à refuser ainsi de reconnaître les privilèges inhérents minimes, mais reconnus depuis longtemps et essentiels, des organismes législatifs canadiens.

^a Du point de vue historique, les corps législatifs canadiens bénéficiaient, dès leur création, des privilèges nécessaires au maintien de l'ordre et de la discipline dans l'exercice de leurs fonctions. Ces privilèges font partie de notre droit fondamental et sont donc constitutionnels. Bien que les tribunaux puissent déterminer si le privilège revendiqué est nécessaire pour que la législature soit capable de fonctionner, ils ne sont pas habilités à examiner si une décision particulière prise conformément au privilège est bonne ou mauvaise.

^c Enfin, d'un point de vue pratique, un organisme législatif doit posséder les pouvoirs constitutionnels nécessaires à son bon fonctionnement. Le droit absolu d'exclure des étrangers de son enceinte, lorsqu'il estime que leur présence l'empêche de fonctionner efficacement, constitue une catégorie valide de privilège fondée sur la nécessité. Ce privilège est tout autant nécessaire pour la démocratie canadienne qu'il l'a été pour les démocraties d'ici et d'ailleurs au cours des siècles passés.

^f Le président de l'assemblée législative s'est opposé aux demandes des médias parce qu'il était d'avis qu'elles nuiraient au décorum et au déroulement efficace des débats de l'Assemblée. Ce faisant, il a agi dans les limites de son pouvoir constitutionnel de contrôler l'assistance aux travaux de l'Assemblée. Il s'ensuit que la *Charte* ne peut supprimer ce droit constitutionnel. C'est un pouvoir constitutionnel valide qui est contesté. Assujettir ce pouvoir à un examen de la *Charte* équivaudrait à le nier. S'il s'agissait en l'espèce d'une action fondée sur un pouvoir valide, cette action pourrait être assujettie à un examen fondé sur la *Charte*.

Les motifs rédigés par le juge La Forest sont acceptés.

^h Le juge La Forest: Les motifs du juge McLachlin sont acceptés dans leur ensemble, sous réserve des commentaires qui suivent. Lorsque le gouvernement anglais octroyait une assemblée législative à une colonie, il octroyait accessoirement au corps législatif les pouvoirs (ou privilèges parlementaires) nécessaires pour exercer ses fonctions, dont en particulier le pouvoir de régler ses procédures internes, mais pas les privilèges plus étendus du Parlement britannique. L'assemblée législative, et les privilèges concomitants, faisait partie de la constitution de la colonie et, dans le cas des provinces préexistantes comme la Nouvelle-Écosse, a été maintenue dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par

ultimately anchored in the grant of a legislative assembly and incorporated into the *Constitution Act, 1867*. The new legislative bodies created by that Act and subsequent constitutional instruments are governed by the same principle. The preambular statement in the *Constitution Act, 1867*, that what was desired was “a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom”, among other things, gives expression to the nature of the legislative bodies that were continued or established by it. The privileges of these bodies are similar in principle, though not identical, to those of the Parliament of the United Kingdom.

Per Lamer C.J.: The Houses of Parliament and the provincial legislative assemblies, and their members, hold and exercise parliamentary privileges which are necessary to the discharge of their legislative function. These privileges are held as against the Crown and the judiciary. Courts can inquire into the existence and extent of privilege, but not its exercise. Since general categories of privilege are deemed necessary to the discharge of the Assembly’s function, each specific instance of the exercise of a privilege need not be shown to be necessary. In the United Kingdom, privilege evolved from a history of conflict between the Houses of Parliament, the Crown and the courts. Given its historical development, the source of those privileges is constitutional in the most fundamental sense in that it has everything to do with the relationships between the different branches of government. In Canada, however, the colonial legislative assemblies were held to have certain inherent powers simply by virtue of their creation. The inherent powers of the Canadian assemblies are not as broad as those of the Houses of Parliament of the United Kingdom. Powers beyond the inherent privileges of the Canadian legislatures can be granted to them by statute.

While the Constitution of Canada is undoubtedly founded upon many of the same broad principles as is the Constitution of the United Kingdom, the wording of the preamble of the *Constitution Act, 1867*—“a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom”—cannot, without specific reference, be taken to transplant directly art. 9 of the English *Bill of Rights* of 1689 into our Constitution, and thereby incorporate the privileges of legislative bodies. History makes clear that the different paths of evolution of government in the two jurisdictions led to significant differences in the branches of government themselves from the very beginning. Canada has diverged further in recent years

conséquent, les privilèges de la législature en Nouvelle-Écosse sont ancrés dans l’octroi d’une assemblée législative et incorporés dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les nouveaux corps législatifs créés par cette loi et les textes constitutionnels qui ont suivi depuis sont régis par le même principe. La déclaration du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* exprimant le désir d’une «constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni», exprime entre autres la nature des corps législatifs qu’elle a établis ou maintenus. Les privilèges de ces corps législatifs sont semblables dans leur principe, sans être identiques, aux privilèges du Parlement du Royaume-Uni.

Le juge en chef Lamer: Les chambres du Parlement et les assemblées législatives des provinces, ainsi que leurs membres, détiennent et exercent des privilèges parlementaires qui sont nécessaires à l’exercice de leur fonction législative. Ils détiennent des privilèges vis-à-vis de la Couronne et de la magistrature. Les tribunaux peuvent vérifier l’existence et la portée du privilège, mais non son exercice. Comme des catégories générales de privilèges sont réputées nécessaires à l’exercice de la fonction de l’Assemblée, il n’y a pas lieu de démontrer que chaque cas précis d’exercice d’un privilège est nécessaire. Au Royaume-Uni, le privilège a évolué à partir d’un conflit entre les chambres du Parlement, la Couronne et les tribunaux. Vu son évolution historique, il est d’origine constitutionnelle au sens le plus fondamental du fait qu’il a tout à voir avec les rapports entre les différentes branches du gouvernement. Au Canada, toutefois, on considèrerait que les assemblées législatives coloniales avaient certains pouvoirs inhérents du seul fait de leur création. Les pouvoirs inhérents des assemblées canadiennes n’étaient pas aussi étendus que ceux des chambres du Parlement du Royaume-Uni. Une loi peut conférer aux législatures canadiennes des pouvoirs excédant leurs privilèges inhérents.

Bien que la Constitution du Canada repose sans aucun doute, dans une large mesure, sur les mêmes grands principes que la Constitution du Royaume-Uni, les mots du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*—«une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni»—ne peuvent pas, sans mention précise, être considérés comme transplantant directement l’art. 9 du *Bill of Rights* anglais de 1689 dans notre Constitution et incorporant, de ce fait, les privilèges des corps législatifs. L’histoire vient préciser que les différentes voies de l’évolution du gouvernement des deux pays ont, dès le début, entraîné des différences importantes dans les branches de gouvernement elles-mêmes. Au cours des dernières années, le Canada a divergé encore plus en raison du rapatriement de sa Constitution en 1982. Être

with the patriation of its Constitution in 1982. Similar in principle does not mean identical in the powers granted.

In light of the conclusion below concerning s. 32 of the *Charter*, it is unnecessary to determine whether the privileges of provincial legislative assemblies have a constitutional status which would make them immune to *Charter* review.

Section 32, as it relates to the application of s. 2(b) of the *Charter*, does not encompass the members of the House of Assembly when exercising their inherent privileges. The House of Assembly does not fall within the words "legislature" or "government" in s. 32 since the term "government" refers to the executive or administrative branch of government and the term "legislature" refers to the body capable of enacting legislation, and not to its component parts taken individually. The House of Assembly is a component of the legislature but only together with the Lieutenant Governor does it comprise the legislature. The language, structure and history of the constitutional text support that conclusion. Section 32 specifically refers to "all matters within the authority of the legislature". This is the language of legislation and is a clear reference to legislative authority. Section 33 of the *Charter* strengthens this interpretation. Further, the distinction between the federal or provincial legislatures and their component parts is observed with reasonable consistency in the *Constitution Act, 1867* and in the language employed in the amending provisions set out in Part V of the *Constitution Act, 1982*. There are certain provisions in the *Charter*, notably ss. 5, 17 and 18, in relation to which the specific context requires a different meaning. While these sections show that usage is not completely consistent, they by no means take away from the general rule that "legislature" in s. 32 means the body that enacts legislation. The place and importance of legislative privileges in our political life and the long-standing practice of judicial non-interference resolve any residual ambiguity concerning the interpretation of s. 32 as it relates to the application to the House of the rights guaranteed under s. 2(b) of the *Charter*.

Privileges are clearly "matters within the authority of the legislatures of each province" in the sense that the provincial legislatures have the power to legislate in relation to privileges. The legislation that the provinces have enacted with respect to privileges will be reviewable under the *Charter* as is all other legislation. It does not follow, however, that the exercise by members of the House of Assembly of their inherent privileges (which are not dependent on statute for their existence) is subject to *Charter* review. Here, given the long-stand-

semblable en principe ne signifie pas être identique quant aux pouvoirs accordés.

Vu la conclusion tirée ci-après concernant l'art. 32 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de déterminer si les privilèges des assemblées législatives provinciales ont un statut constitutionnel qui les soustrairait à un examen fondé sur la *Charte*.

L'article 32, en ce qui concerne l'application de l'al. 2b) de la *Charte*, ne vise pas les membres de l'assemblée législative lorsqu'ils exercent leurs privilèges inhérents. L'assemblée législative n'est pas visée par les mots «légalature» ou «gouvernement» à l'art. 32 puisque le mot «gouvernement» renvoie à la branche exécutive ou administrative du gouvernement et que le mot «légalature» renvoie à l'organisme qui peut légiférer et non à ses parties composantes prises individuellement. L'assemblée législative est une composante de la législation, car c'est seulement avec le lieutenant-gouverneur qu'elle forme la législation. La formulation, la structure et l'historique du texte constitutionnel étayaient cette conclusion. L'article 32 mentionne précisément «tous les domaines relevant de cette législation». Cette phrase, tirée du texte législatif, renvoie clairement à la compétence législative. L'article 33 de la *Charte* renforce cette interprétation. En outre, la *Loi constitutionnelle de 1867* établit avec une uniformité raisonnable une distinction entre les législatures fédérales ou provinciales et leurs parties composantes, et il en est de même du texte des dispositions en matière de modification énoncées à la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le contexte particulier de certaines dispositions de la *Charte*, notamment les art. 5, 17 et 18, commande un sens différent. Si ces articles montrent que l'emploi n'est pas tout à fait uniforme, ils ne dérogent en rien à la règle générale selon laquelle le terme «légalature», à l'art. 32, désigne l'organisme qui légifère. La place et l'importance des privilèges législatifs dans notre vie politique et la longue pratique de non-ingérence des tribunaux dissipent toute ambiguïté résiduelle relative à l'interprétation de l'art. 32 en ce qui concerne l'application à l'Assemblée des droits garantis à l'art. 2b) de la *Charte*.

Les privilèges sont clairement des «domaines relevant de [la] législation [de chaque province]» en ce sens que les législatures provinciales ont le pouvoir de légiférer en matière de privilèges. Les lois que les provinces ont adoptées en ce qui concerne les privilèges pourront faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte* comme toute autre loi. Toutefois, il ne s'ensuit pas que l'exercice par les membres de l'Assemblée de leurs privilèges inhérents (dont l'existence ne dépend pas d'une loi) peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. En l'es-

ing acceptance of the power to exclude strangers and to control the internal proceedings of the House as valid categories of privilege founded on necessity, in this country as well as in the United Kingdom, the ban by the members of the House of Assembly on the use of independent video cameras in the House fell within their inherent privileges.

Per Sopinka J.: The impugned rule or practice of the legislative assembly is not immune from *Charter* scrutiny. The privileges of the members of the legislative assembly are subject to legislation by the province as part of the constitution of the province. The exercise of those privileges, whether by legislation or by rules or practices of the legislative assembly, are matters “within the authority of the legislature” and therefore subject to s. 32 of the *Charter*. One implication of treating those privileges as part of the Constitution of Canada is that they would arguably not be subject to provincial legislation and any change would require an amendment pursuant to s. 43 or s. 38 of the *Constitution Act, 1982*. One would expect something more than a general reference to “a Constitution similar in Principle” in a preamble in order to have this effect.

With the system currently used to broadcast the proceedings of the House of Assembly, the media are not allowed to have their hand-held cameras in the public gallery. The effect on the publication of news is that they are prevented from obtaining the reaction of the members who are not speaking. The inability to gather news can occasion a restriction on freedom of the press if it interferes with disseminating the news, but this Court has not yet determined whether the protection of s. 2(b) of the *Charter* extends to the means by which the gathering and dissemination of news is done. In any event, assuming that the restriction complained of constitutes a violation of s. 2(b), it is justifiable under s. 1 of the *Charter*. The exercise of the historic privilege in issue in this appeal is a pressing and substantial objective. That objective is to maintain order and decorum and ensure the smooth functioning of the legislative assembly. The present restriction on the number and location of cameras is rationally connected with the objective. While some other method might have been equally effective, the procedure which has been adopted appears eminently sensible and the Court should not second guess the legislative assembly who studied the matter and adopted a method which ensures that in essence the proceedings of the Assembly are made available to the television viewing audience. Finally,

pèce, étant donné que l’on reconnaît depuis longtemps que les pouvoirs d’exclure les étrangers et de contrôler les débats internes de l’Assemblée constituent des catégories valides de privilèges fondés sur la nécessité, dans notre pays et au Royaume-Uni, l’interdiction faite par les membres de l’assemblée législative d’utiliser des caméras vidéo indépendantes dans l’Assemblée relevait de leurs privilèges inhérents.

Le juge Sopinka: La règle ou pratique contestée de l’assemblée législative est sujette à un examen fondé sur la *Charte*. Les privilèges des membres de l’assemblée législative sont assujettis aux lois de la province en ce qu’ils font partie de la constitution de la province. L’exercice de ces privilèges, par des lois ou par des règles ou pratiques de l’assemblée législative, est un domaine «relevant de cette législature» et donc assujetti à l’art. 32 de la *Charte*. Traiter ces privilèges comme s’ils faisaient partie de la Constitution du Canada aurait notamment pour effet qu’on pourrait soutenir qu’ils ne sont pas assujettis aux lois de la province et ne pourraient être modifiés que par modification constitutionnelle en vertu des art. 43 ou 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour produire un tel effet, on s’attendrait à plus que la simple mention générale, dans un préambule, d’une «constitution semblable dans [le] principe».

En raison du système utilisé actuellement pour télédiffuser les débats de l’assemblée législative, les médias ne sont pas autorisés à utiliser des caméras portatives dans la tribune du public. Son effet sur la publication des nouvelles est d’empêcher la diffusion de la réaction des députés qui n’ont pas la parole. L’impossibilité de réunir l’information peut occasionner une restriction à la liberté de la presse si elle fait obstacle à la diffusion de l’information, mais notre Cour n’a pas décidé si la protection de l’al. 2b) de la *Charte* s’étend aux moyens par lesquels l’information est réunie et diffusée. De toute façon, à supposer que la restriction contestée soit une violation de l’al. 2b), elle est justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*. L’exercice du privilège historique en cause dans le présent pourvoi est un objectif urgent et réel. Cet objectif est de maintenir l’ordre et le décorum et d’assurer le bon fonctionnement de l’assemblée législative. La présente restriction relative au nombre de caméras et à leur emplacement favorise l’objectif. Même si une autre méthode aurait peut-être été également efficace, la procédure adoptée semble éminemment logique et la Cour ne devrait pas prêter des intentions à l’assemblée législative qui a étudié la question et adopté une méthode qui garantit pour l’essentiel l’accès télévisé aux débats de l’Assemblée. Enfin, compte tenu de l’importance du maintien du décorum à l’assemblée

given the importance of preserving the decorum of the House of Assembly, the alleged intrusion on the freedom of the press is not out of proportion to this objective.

Per Cory J. (dissenting): Given a broad and liberal interpretation, the words "legislature" and "government" in s. 32(1) of the *Charter* include the House of Assembly. The underlying purpose of s. 32(1) is to restrict the application of the *Charter* to public actors. The legislative assembly is an institution that is not only essential to the operation of democracy but is also an integral part of democratic government. It is a public actor. It follows that the *Charter* should apply to the actions of the House of Assembly, which include not only the legislation passed by the Assembly but also its own rules and regulations. The rules and regulations, if they are found to violate the *Charter*, can, like the Acts passed by the Assembly, be saved under s. 1. Such a procedure would ensure that the courts never unduly interfere with the inherent and enacted rights and privileges possessed by a legislature which enable it to effectively carry out its role.

The ban on television cameras is an exercise of privilege by the legislative assembly subject to the *Charter* scrutiny. While the legislatures of this country possess such constitutional privileges as are necessary for their operation, courts may, when properly called upon, enquire as to whether a particular exercise of parliamentary privilege falls within the privileged jurisdiction of the legislature. The exercise of the constitutional power of privilege is not entrenched in the Constitution of Canada and the *Charter* must apply to the exercise of that parliamentary privilege. Here, the privilege of the House of Assembly represents an exercise of legislative authority over itself and members of the media and is reviewable. The test for review is one of necessity. A complete prohibition on cameras is not essentially necessary to the operation of the House, nor would the presence of cameras automatically constitute an immediate obstruction. Such a rule falls outside the constitutional scope of parliamentary privilege. The House of Assembly, when it banned all cameras, exceeded the jurisdiction inherent in parliamentary privilege.

There is an infringement of s. 2(b) of the *Charter* when a legislative assembly denies any media, or one

legislative, l'atteinte alléguée à la liberté de la presse n'est pas disproportionnée à l'objectif.

^a *Le juge Cory (dissident):* Selon une interprétation large et libérale, les mots «légi­slature» et «gouvernement» au par. 32(1) de la *Charte* incluent l'assemblée législative. L'objet sous-jacent du par. 32(1) est de restreindre l'application de la *Charte* aux acteurs publics. L'assemblée législative est une institution qui est non seulement essentielle au fonctionnement de la démocratie mais qui fait également partie intégrante d'un gouvernement démocratique. C'est un acteur public. Il s'ensuit que la *Charte* devrait s'appliquer aux actions de l'assemblée législative, qui comprennent non seulement les lois adoptées par l'Assemblée mais également ses propres règles et règlements. Si on conclut qu'ils portent atteinte à la *Charte*, les règles et les règlements, tout comme les lois adoptées par l'Assemblée, peuvent être sauvegardés en vertu de l'article premier. Une telle procédure empêcherait que les tribunaux ne viennent entraver indûment les droits et privilèges inhérents et édictés que possède une législature et qui lui permettent de jouer efficacement son rôle.

^e Le fait d'interdire les caméras de télévision constitue l'exercice d'un privilège de l'assemblée législative qui est assujéti à la *Charte*. Bien que les législatures de notre pays possèdent les privilèges constitutionnels nécessaires à leur fonctionnement, les tribunaux peuvent, lorsqu'ils sont appelés à juste titre à le faire, examiner si un exercice particulier de privilège parlementaire relève de la compétence privilégiée de la législature. L'exercice du pouvoir constitutionnel en matière de privilège n'est pas consacré dans la Constitution du Canada et la *Charte* doit s'appliquer à l'exercice de ce privilège parlementaire. En l'espèce, le privilège de l'assemblée législative représente un exercice de compétence législative à son propre égard et à l'égard de ceux qui font partie des médias, et peut donc faire l'objet d'un examen. Le critère d'examen en est un de nécessité. Une interdiction absolue de caméras n'est pas fondamentalement nécessaire au bon fonctionnement de l'Assemblée et la présence de caméras ne constituerait pas non plus automatiquement un obstacle immédiat. Une telle règle sort du champ d'application constitutionnel du privilège parlementaire. Lorsqu'elle a interdit toutes les caméras, l'assemblée législative a outrepassé la compétence inhérente que comporte le privilège parlementaire.

^j Il y a violation de l'al. 2b) de la *Charte* lorsqu'une assemblée législative interdit à tous les médias, ou à une

form of media, access to its public debates. The protection of news gathering does not constitute a preferential treatment of an elite or entrenched group—the media—but rather constitutes an ancillary right essential for the meaningful exercise of the *Charter*. Since the television media constitute an integral part of the press, a prohibition on television cameras is by definition a restriction on freedom of the press. So long as the camera is neither too pervasive nor too obtrusive, there can be no good reason for excluding it. The legislative assembly does have a right, in appropriate circumstances, to exclude or remove visitors including members of the press. It may also, with regard to the attendance of television media, limit the number of cameras and their location and regulate their manner of operation. What the Assembly cannot do is to exclude television entirely by means of regulation without infringing s. 2(b). A balance must be kept between efficient and dignified operation of the legislative assembly and the right of freedom of expression. The system currently used in the House of Assembly is eminently fair and suitable and would be justifiable under s. 1 of the *Charter*. The refusal to permit any television cameras, however, contravenes s. 2(b) of the *Charter* and cannot be justified under s. 1.

Cases Cited

By McLachlin J.

Applied: *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; **distinguished:** *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; **referred to:** *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Kielley v. Carson* (1842), 4 Moore 63, 13 E.R. 225; *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600; *Landers v. Woodworth* (1878), 2 S.C.R. 158; *Stockdale v. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112; *Payson v. Hubert* (1904), 34 S.C.R. 400.

By Lamer C.J.

Referred to: *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*,

forme de média, l'accès à ses débats publics. La protection de la collecte des nouvelles ne constitue pas un traitement préférentiel d'une élite ou d'un groupe désigné formellement—les médias; elle constitue plutôt un droit accessoire essentiel à l'application utile de la *Charte*. Comme la télévision fait partie intégrante de la presse, l'interdiction des caméras de télévision est, par définition, une restriction de la liberté de la presse. Tant que la caméra n'est pas trop envahissante ni trop indiscrète, il n'y a pas de raison valable de l'exclure. L'assemblée législative a effectivement le droit, dans des circonstances appropriées, d'expulser des visiteurs, y compris les journalistes. Quant à la présence de la télévision, elle peut également limiter le nombre de caméras et réglementer leur emplacement et leur façon de fonctionner. Ce que l'Assemblée ne peut pas faire, c'est exclure complètement la télévision, au moyen d'un règlement, sans porter atteinte à l'al. 2b). Il faut garder un équilibre entre le fonctionnement efficace et digne de l'assemblée législative et le droit à la liberté d'expression. Le système utilisé actuellement à l'assemblée législative est extrêmement juste et adéquat et pourrait se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Toutefois, le refus de toute caméra de télévision viole les dispositions de l'al. 2b) de la *Charte* et ne saurait se justifier en vertu de l'article premier.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêt appliqué: *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; **distinction d'avec l'arrêt:** *Renvoi relatif à la délimitation de circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; **arrêts mentionnés:** *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Kielley c. Carson* (1842), 4 Moore 63, 13 E.R. 225; *Fielding c. Thomas*, [1896] A.C. 600; *Landers c. Woodworth* (1878), 2 R.C.S. 158; *Stockdale c. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112; *Payson c. Hubert* (1904), 34 R.C.S. 400.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the*

[1987] 1 S.C.R. 1148; *Bradlaugh v. Gossett* (1884), 12 Q.B.D. 271; *Stockdale v. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112; *Kielley v. Carson* (1842), 4 Moore 63, 13 E.R. 225; *Landers v. Woodworth* (1878), 2 S.C.R. 158; *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Payson v. Hubert* (1904), 34 S.C.R. 400; *Dixon v. British Columbia (Attorney General)* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 174; *Jay v. Topham* (1689), 14 East. 102 (note (a)), 104 E.R. 540; *MacLean v. Attorney-General of Nova Scotia* (1987), 35 D.L.R. (4th) 306; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465.

By Sopinka J.

Referred to: *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600; *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148.

By Cory J. (dissenting)

RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 S.C.R. 573; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *Landers v. Woodworth* (1878), 2 S.C.R. 158; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; *Sigma Delta Chi v. Speaker, Maryland House of Delegates*, 310 A.2d 156 (1973); *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972); *Houchins v. KQED, Inc.*, 438 U.S. 1 (1978); *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980).

Statutes and Regulations Cited

Bills of Rights of 1689 (Eng.), 1 Will. & Mar. sess. 2, c. 2, art. 9.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 5, 12, 17, 18, 24(1), 32(1), 33.

Education Act (Ont.), [1987] 1 R.C.S. 1148; *Bradlaugh c. Gossett* (1884), 12 Q.B.D. 271; *Stockdale c. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112; *Kielley c. Carson* (1842), 4 Moore 63, 13 E.R. 225; *Landers c. Woodworth* (1878), 2 R.C.S. 158; *Fielding c. Thomas*, [1896] A.C. 600; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Payson c. Hubert* (1904), 34 R.C.S. 400; *Dixon c. British Columbia (Attorney General)* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 174; *Jay c. Topham* (1689), 14 East. 102 (note (a)), 104 E.R. 540; *MacLean c. Attorney-General of Nova Scotia* (1987), 35 D.L.R. (4th) 306; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465.

d Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Fielding c. Thomas*, [1896] A.C. 600; *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148.

Citée par le juge Cory (dissident)

SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 R.C.S. 573; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Renvoi relatif à la délimitation de circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *Landers c. Woodworth* (1878), 2 R.C.S. 158; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; *Sigma Delta Chi c. Speaker, Maryland House of Delegates*, 310 A.2d 156 (1973); *Branzburg c. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972); *Houchins c. KQED, Inc.*, 438 U.S. 1 (1978); *Richmond Newspapers, Inc. c. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980).

Lois et règlements cités

Bills of Rights de 1689 (Angl.), 1 Will. & Mar. 2^e sess., ch. 2, art. 9.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 5, 12, 17, 18, 24(1), 32(1), 33.

Constitution Act, 1867, preamble, ss. 17, 18, 20 [repealed], 21 to 36, 37 to 52, 69, 71, 88, 92, 133.
Constitution Act, 1982, ss. 38, 43, 45, 52.
House of Assembly Act, R.S.N.S. 1989, c. 10, s. 6.

Authors Cited

Dawson, R. MacGregor. *The Government of Canada*, 5th ed. Revised by Norman Ward. Toronto: University of Toronto Press, 1970.
 Gibson, Dale. "Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of "Government" under Section 32(1) of the Charter" (1983), 13 *Man. L.J.* 505.
 Hatsell, John. *Precedents of Proceedings in the House of Commons*, vol. 1, 3rd ed. London: T. Payne, 1796.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
 Maingot, Joseph. *Parliamentary Privilege in Canada*. Toronto: Butterworths, 1982.
 May, Erskine. *Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 21st ed. By C. J. Boulton. London: Butterworths, 1989.
 McLelland, A. Anne, and Bruce P. Elman. "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361.
 Redlich, Josef. *The Procedure of the House of Commons*, vol. I. Translated from the German by A. Ernest Steinthal. London: Archibald Constable & Co., 1908.
 Shattuck, John H. F., and Fritz Byers. "An Egalitarian Interpretation of the First Amendment" (1981), 16 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 377.
 Swinton, Katherine. "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms". In Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*. Toronto: Carswell, 1982, 41.
 Tassé, Roger. "À qui incombe l'obligation de respecter les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*?" In Gérald-A. Beaudoin, ed., *Your Clients and the Charter—Liberty and Equality*. Proceedings of the October 1987 Colloquium of the Canadian Bar Association in Montréal. Cowansville: Yvon Blais, 1987, 35.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1991), 102 N.S.R. (2d) 271, 279 A.P.R. 271, 80 D.L.R. (4th) 11, 6 C.R.R. (2d) 298, allowing in part the appellant's appeal from a judgment of Nathanson J. (1990), 97 N.S.R. (2d) 365, 258 A.P.R. 365,

House of Assembly Act, R.S.N.S. 1989, ch. 10, art. 6.
Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 17, 18, 20 [abrogé], 21 à 36, 37 à 52, 69, 71, 88, 92, 133.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 38, 43, 45, 52.

^a

Doctrine citée

Dawson, R. MacGregor. *The Government of Canada*, 5th ed. Revised by Norman Ward. Toronto: University of Toronto Press, 1970.
^b Gibson, Dale. «Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of «Government» under Section 32(1) of the Charter» (1983), 13 *Man. L.J.* 505.
 Hatsell, John. *Precedents of Proceedings in the House of Commons*, vol. 1, 3rd ed. London: T. Payne, 1796.
^c Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
 Maingot, Joseph. *Le privilège parlementaire au Canada*. Cowansville: Yvon Blais, 1987.
^d May, Erskine. *Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 21st ed. By C. J. Boulton. London: Butterworths, 1989.
 McLelland, A. Anne, and Bruce P. Elman. «To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32» (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361.
^e Redlich, Josef. *The Procedure of the House of Commons*, vol. I. Translated from the German by A. Ernest Steinthal. London: Archibald Constable & Co., 1908.
^f Shattuck, John H. F., and Fritz Byers. «An Egalitarian Interpretation of the First Amendment» (1981), 16 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 377.
 Swinton, Katherine. «Application de la Charte canadienne des droits et libertés». Dans Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*. Montréal: Wilson & Lafleur/SOREJ, 1982, 49.
^h Tassé, Roger. «À qui incombe l'obligation de respecter les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*?». Dans Gérald-A. Beaudoin, dir., *Vos clients et la Charte—Liberté et égalité*. Actes de la Conférence de l'Association du Barreau canadien tenue à Montréal en octobre 1987. Cowansville: Yvon Blais, 1987, 35.

ⁱ

POURVOI contre un arrêt de la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1991), 102 N.S.R. (2d) 271, 279 A.P.R. 271, 80 D.L.R. (4th) 11, 6 C.R.R. (2d) 298, qui a accueilli en partie un appel contre un jugement du juge Nathanson (1990), 97 N.S.R. (2d) 365, 258 A.P.R. 365,

71 D.L.R. (4th) 23, granting the respondent's claim for a declaration of a right of access pursuant to s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to televise the proceedings of the House of Assembly. Appeal allowed, Cory J. dissenting. ^a

Graham D. Walker, Q.C., Reinhold M. Endres and Gordon C. Johnson, for the appellant. ^b

David G. Coles, James L. Connors, Daniel J. Henry and Kenda Murphy, for the respondent.

W. Ian C. Binnie, Q.C., Mark J. Freiman, for the intervener the Speaker of the Senate. ^c

Robert E. Houston, Q.C., and Alan Riddell, for the intervener the Speaker of the House of Commons.

Neil Finkelstein and George Vegh, for the intervener the Speaker of the Legislative Assembly of Ontario. ^e

Raynold Langlois, Q.C., and Luc Huppé, for the intervener the President of the National Assembly of Quebec.

Robert G. Richards and Deborah Carlson, for the interveners the Speaker of the Legislative Assembly of Manitoba and the Speaker of the Legislative Assembly of Saskatchewan. ^f

W. S. Berardino, Q.C., and Mark D. Andrews, for the intervener the Speaker of the Legislative Assembly of British Columbia. ^g

Sid M. Tarrabain, Edward J. Lieber and Michael P. Ritter, for the interveners the Speaker of the Legislative Assembly of Alberta, the Speaker of the Legislative Assembly of the Northwest Territories and the Speaker of the Legislative Assembly of the Yukon. ^h

B. Gale Welsh, for the intervener the Speaker of the House of Assembly of Newfoundland.

M. David Lepofsky and Lori Sterling, for the intervener the Attorney General for Ontario. ^j

71 D.L.R. (4th) 23, qui avait accédé à la demande de déclaration d'un droit d'accès que l'intimée avait faite conformément à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* afin de téléviser les débats de l'Assemblée législative. Pourvoi accueilli, le juge Cory est dissident.

Graham D. Walker, c.r., Reinhold M. Endres et Gordon C. Johnson, pour l'appellant. ^b

David G. Coles, James L. Connors, Daniel J. Henry et Kenda Murphy, pour l'intimée.

W. Ian C. Binnie, c.r., Mark J. Freiman, pour l'intervenant le président du Sénat. ^c

Robert E. Houston, c.r., et Alan Riddell, pour l'intervenant le président de la Chambre des communes. ^d

Neil Finkelstein et George Vegh, pour l'intervenant le président de l'Assemblée législative de l'Ontario. ^e

Raynold Langlois, c.r., et Luc Huppé, pour l'intervenant le président de l'Assemblée nationale du Québec.

Robert G. Richards et Deborah Carlson, pour les intervenants l'orateur de l'Assemblée législative du Manitoba et le président de l'Assemblée législative de la Saskatchewan. ^f

W. S. Berardino, c.r., et Mark D. Andrews, pour l'intervenant le président de l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique. ^g

Sid M. Tarrabain, Edward J. Lieber et Michael P. Ritter, pour les intervenants le président de l'Assemblée législative de l'Alberta, le président de l'Assemblée législative des Territoires du Nord-Ouest et le président de l'Assemblée législative du Yukon. ^h

B. Gale Welsh, pour l'intervenant le président de l'Assemblée législative de Terre-Neuve.

M. David Lepofsky et Lori Sterling, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario. ^j

Frank A. V. Falzon, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Richard G. Dearden, for the intervener the Canadian Association of Journalists.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J.—There are three issues to be addressed in this appeal. First, is the exercise of the privileges of the members of the Nova Scotia House of Assembly to exclude independent television cameras from the House immune from *Charter* review? Second, if not, does the exclusion of independent television cameras from the House violate the freedom of expression of the respondent? Finally, if so, is that violation justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

I. Facts

New Brunswick Broadcasting Co. Limited, carrying on business under the name of MITV commenced a proceeding in the Supreme Court of Nova Scotia, Trial Division, against the appellant by Originating Notice seeking an order “allowing MITV to film the proceedings of the House of Assembly with its own cameras or by the Speaker providing full television coverage to all members of the television media, or otherwise”. The Speaker joined issue. The respondent was joined as a plaintiff at the corporation’s request and MITV subsequently withdrew from the proceedings.

Nathanson J. of the Supreme Court of Nova Scotia, Trial Division, ordered that all of the members of the House be joined as defendants in the action. This stemmed from the objections of the Speaker and the Attorney General that the House of Assembly could not be sued. On the hearing of the application the respondent and MITV restricted their claim to a right to film the proceedings of the House of Assembly with their own cameras. Affi-

Frank A. V. Falzon, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Richard G. Dearden, pour l’intervenante l’Association canadienne des journalistes.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Il y a trois questions à trancher dans le présent pourvoi. Premièrement, l’exercice par les membres de l’Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse de leur privilège d’exclusion de l’Assemblée les caméras de stations de télévision indépendantes échappe-t-il à l’examen fondé sur la *Charte*? Deuxièmement, si la réponse est négative, l’exclusion de l’Assemblée des caméras de stations de télévision indépendantes viole-t-elle la liberté d’expression de l’intimée? Enfin, dans l’affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

I. Les faits

La société New Brunswick Broadcasting Co. Limited, qui fait affaires sous le nom de MITV, a intenté contre l’appelant des procédures devant la Section de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse au moyen d’un avis de requête visant à obtenir une ordonnance [TRADUCTION] «autorisant MITV à filmer les débats de l’assemblée législative avec ses propres caméras ou enjoignant au président de l’Assemblée de permettre la couverture complète des débats à tous les journalistes de la télévision ou autres». Le président s’est constitué partie. L’intimée a acquis la qualité de demanderesse à la demande de la compagnie et, par la suite, MITV s’est retirée de l’instance.

Le juge Nathanson de la Section de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a ordonné que tous les membres de l’Assemblée aient la qualité de défendeurs dans le cadre de l’action. Cela découlait de l’opposition du président et du procureur général selon lesquels on ne pouvait pas poursuivre l’assemblée législative. À l’audition de la demande, l’intimée et MITV ont restreint leur revendication au droit de filmer les débats de l’as-

davits were filed on the application and the parties were subsequently examined on their affidavits. The following evidence was thereby disclosed.

The press have regular access to the press gallery in the House where they may witness the proceedings. They also have access to the Hansard Report. At the time when this action was commenced, the proceedings of the House were not televised and, except on special occasions, television cameras were not permitted in the House. Studies were then being conducted into the feasibility of televising the proceedings. Concerns being discussed included the necessity of substantial public expenditures as well as technical difficulties in providing an appropriate system. The chamber is small and it was clear that it would be impossible to set up cameras on the floor of the House without interfering with the proceedings. The respondent and MITV claimed, however, that it was possible to film the proceedings from the public gallery with modern hand-held cameras which were both silent and required no special lighting or electrical equipment. This was the option favoured by members of the opposition in the Nova Scotia House of Assembly.

Since the judgment of the Court of Appeal in this case the above-mentioned efforts have resulted in the availability of television footage from an electronic (video) Hansard. This system has been in place since May 1991. Like the audio feed and the written Hansard, the electronic Hansard is under the control of the Speaker and televises only the member who has the floor.

It is clear from the evidence that the House of Assembly in the exercise of its parliamentary privileges has prohibited the use of television, with the exception of the recently installed electronic Hansard, in the House of Assembly. The Speaker, Mr. Donahoe, was emphatic in his evidence that the proposal to use portable cameras in the gallery

semblée législative avec leurs propres caméras. Des affidavits ont été produits à l'égard de la demande, et les parties ont été interrogées par la suite relativement à leurs affidavits. Les éléments de preuve suivants ont été communiqués par ce moyen.

Les journalistes ont régulièrement accès à la tribune de la presse de l'Assemblée, d'où ils peuvent assister aux débats. Ils ont également accès au compte rendu officiel des débats. À l'époque où la présente action a été intentée, les débats de l'Assemblée n'étaient pas télévisés et, sauf dans des occasions spéciales, la présence des caméras de télévision n'était pas autorisée à l'Assemblée. Des études étaient en cours sur la possibilité de télédiffuser les débats. Les sujets de préoccupation incluait la nécessité d'engager d'importantes dépenses publiques ainsi que les difficultés techniques que comportait l'établissement d'un système adéquat. La salle est petite et il était évident qu'on ne pourrait pas installer des caméras sur le plancher de l'Assemblée sans déranger les débats. L'intimée et MITV ont prétendu toutefois qu'il était possible de filmer les débats à partir de la tribune du public au moyen de caméras portatives modernes qui sont silencieuses et n'exigent aucun éclairage ou équipement électrique spécial. C'était l'option que favorisaient les membres de l'opposition à l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse.

Grâce aux efforts susmentionnés qui ont été déployés depuis l'arrêt rendu en l'espèce par la Cour d'appel, on fournit maintenant des séquences télévisées d'un compte rendu officiel électronique (vidéo). Ce système fonctionne depuis mai 1991. Tout comme les comptes rendus sonore et écrit, le compte rendu officiel électronique est placé sous la responsabilité du président et montre à la télévision seulement le député qui prend la parole.

Il ressort de la preuve que, dans l'exercice de ses privilèges parlementaires, l'assemblée législative a interdit l'utilisation de la télévision, à l'exception du compte rendu officiel électronique qui y a été installé récemment. Dans son témoignage, le président, M. Donahoe, a insisté sur le fait que l'utilisation proposée de caméras portatives dans la tribune

would interfere with the decorum and orderly proceedings of the Assembly. Apart from controlling decorum, the House would have no control over the production and use of the film. Mr. Donahoe favoured televising the proceedings of the House through a system approved and controlled by the House of Assembly, such as that now available.

The evidence further disclosed that television coverage is provided in the House of Commons in Ottawa and in the legislatures of five provinces and in the Yukon. In Ontario the press is permitted to film from the gallery with hand-held television cameras.

On May 25, 1990, Nathanson J. of the Supreme Court of Nova Scotia, Trial Division, granted the claim of the respondent and MITV by way of the following order:

IT IS ORDERED that the claim of the plaintiffs is granted.

IT IS DECLARED that the plaintiffs have a right of access pursuant to s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to televise the proceedings of the House of Assembly from the galleries with their own unobtrusive cameras.

IT IS FURTHER DECLARED that such right of access is limited by the privileges of the House of Assembly, including a right to regulate the manner and extent of exercise of the right of access, reflected in rules which shall infringe freedom of expression as little as possible.

IT IS FURTHER ORDERED that the House of Assembly or the Speaker on its behalf shall develop such rules by receiving submissions from the plaintiffs, any other entities of the television media who express an interest, and the public.

IT IS FURTHER ORDERED that the court will retain jurisdiction to judge the timeliness of the actions of any of the parties and the reasonableness of the rules adopted.

AND IT IS FURTHER ORDERED that the Court reserves the matter of costs pending representations from counsel.

nuirait au décorum et au déroulement des débats de l'Assemblée. En plus de la question du décorum, l'Assemblée n'exercerait aucun contrôle sur la production et l'utilisation du film. Monsieur Donahoe favorisait la télédiffusion des débats de l'Assemblée au moyen d'un système approuvé et contrôlé par l'assemblée législative, comme celui qui existe maintenant.

La preuve révèle également que des services de télédiffusion des débats sont offerts à la Chambre des communes à Ottawa et dans les législatures de cinq provinces ainsi qu'au Yukon. En Ontario, les journalistes peuvent filmer à partir de la tribune avec des caméras de télévision portatives.

Le 25 mai 1990, le juge Nathanson de la Section de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a accueilli la demande de l'intimée et de MITV au moyen de l'ordonnance suivante:

[TRADUCTION] IL EST ORDONNÉ que la demande des demanderesse soit accueillie.

IL EST DÉCLARÉ que les demanderesse ont, conformément à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, un droit d'accès afin de téléviser les débats de l'Assemblée législative à partir des tribunes en utilisant de façon discrète leurs propres caméras.

IL EST ÉGALEMENT DÉCLARÉ que ce droit d'accès est limité par les privilèges de l'Assemblée législative, dont le droit de réglementer de quelle manière et dans quelle mesure le droit d'accès sera exercé, le tout suivant des règles qui porteront atteinte le moins possible à la liberté d'expression.

IL EST ÉGALEMENT ORDONNÉ que l'Assemblée législative ou son président en son nom conçoive ces règles en tenant compte des propositions reçues des demanderesse, de tout autre organisme de la presse télévisée qui exprime un intérêt et du grand public.

IL EST ÉGALEMENT ORDONNÉ que la cour conserve le pouvoir le juger de l'opportunité des actions de n'importe laquelle des parties et du caractère raisonnable des règles adoptées.

ET IL EST ÉGALEMENT ORDONNÉ que la cour mette de côté la question des dépens en attendant les observations des avocats.

The appellant appealed to the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division. The effect of the judgment of Nathanson J. was stayed pending the outcome of the appeal. On March 21, 1991 the appeal was dismissed. The order of Nathanson J. was, however, varied, striking out the last four paragraphs.

The appellant was granted leave to appeal to this Court on May 16, 1991, [1991] 1 S.C.R. viii.

II. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

The relevant provisions of the *Constitution Act, 1867* are the following:

[Preamble] WHEREAS the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom:

88. The Constitution of the Legislature of each of the Provinces of Nova Scotia and New Brunswick shall, subject to the Provisions of this Act, continue as it exists at the Union until altered under the Authority of this Act.

The relevant provisions of the *Charter* are the following:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

L'appelant a interjeté appel à la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. La décision du juge Nathanson a été suspendue en attendant l'issue de l'appel, qui a été rejeté le 21 mars 1991. L'ordonnance du juge Nathanson a toutefois été modifiée par l'annulation des quatre derniers alinéas.

Le 16 mai 1991, l'appelant a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour, [1991] 1 R.C.S. viii.

II. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Voici les dispositions pertinentes de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

[Préambule] CONSIDÉRANT que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de s'unir en fédération pour former un seul et même dominion sous la Couronne du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni;

88. La constitution de la Législature de chacune des provinces de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick demeurera, sous réserve des dispositions de la présente loi, la même que lors de l'Union, jusqu'à ce qu'elle soit modifiée sous l'autorité de la présente loi.

Voici les dispositions pertinentes de la *Charte*:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

32. (1) This Charter applies

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province. ^a

The relevant provision of the Nova Scotia *House of Assembly Act*, R.S.N.S. 1989, c. 210, is the following:

36 (1) In all matters and cases not specially provided for by an enactment of this Province, the House and the committees and members thereof respectively shall hold, enjoy and exercise such and the like privileges, immunities and powers as are from time to time held, enjoyed and exercised by the House of Commons of Canada, and by the committees and members thereof respectively. ^c

III. Judgments Below

Supreme Court of Nova Scotia, Trial Division (1990), 71 D.L.R. (4th) 23

Nathanson J. determined that the ban on filming from the public gallery in the Nova Scotia House of Assembly infringed the s. 2(b) guarantee of freedom of expression under the *Charter*. He emphasized that freedom of expression includes freedom of access to all pertinent information as well as freedom to impart such information. He cited the cases of *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, and *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, in support of this proposition. He concluded (at p. 51): ^f

Televising the proceedings of the House of Assembly from the galleries of the House is clearly an activity of expression, of the reception and communication of information which one might reasonably expect to come within the scope of the function of the press and other media, including the television media. ^g

Nathanson J. then turned to the issue of parliamentary privilege and the impact, if any, it has on the issue. He noted that there were four areas of parliamentary privilege that were raised in support of the ban on television cameras (at p. 52): ^j

32. (1) La présente charte s'applique:

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Voici la disposition pertinente de la *House of Assembly Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, ch. 210: ^b

[TRADUCTION] 36 (1) Dans tous les cas qui ne sont pas prévus spécialement par une loi de la Province, l'Assemblée, ses comités et leurs membres jouissent des mêmes privilèges, immunités et pouvoirs que ceux dont jouissent la Chambre des communes du Canada, ses comités et leurs membres. ^c

^d III. Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

Section de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1990), 71 D.L.R. (4th) 23 ^e

Le juge Nathanson a statué que l'interdiction de filmer à partir de la tribune du public de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse viole la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Il a souligné que la liberté d'expression comprend la liberté d'accès à tous les renseignements pertinents ainsi que la liberté de communiquer ces renseignements. Il a cité, à l'appui de cette proposition, les arrêts *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, et *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. Il a conclu, à la p. 51: ^f

[TRADUCTION] La télédiffusion des débats de l'assemblée législative à partir de ses tribunes constitue manifestement une activité d'expression, de réception et de communication de renseignements que l'on pourrait raisonnablement s'attendre à voir entrer dans la fonction de la presse et des autres médias, dont la télévision. ^g

Le juge Nathanson a ensuite abordé la question du privilège parlementaire et de ses répercussions éventuelles sur la question en litige. Il a fait remarquer que quatre champs de privilège parlementaire ont été invoqués à l'appui de l'interdiction des caméras de télévision (à la p. 52): ^j

- (a) freedom of speech, including immunity from civil proceedings with respect to any matter arising from the carrying out of the duties of a member of the House of Assembly;
- (b) exclusive control over their own proceedings;
- (c) ejection of strangers from the House and its precincts; and
- (d) control of publication of debates and proceedings in the House.

He found that these areas of privilege are included in those which were enjoyed by the House of Commons of the United Kingdom in 1867 and are therefore valid areas of privilege pursuant to s. 18 of the *Constitution Act, 1867*. Further, the presence of television cameras in the House of Assembly without the permission of the House would, in fact, be a breach of those privileges of the House.

Having outlined this conflict between the *Charter* rights of the journalists and the privilege of the members of the House, Nathanson J. turned his attention to the issue of which should prevail. Obviously, the Constitution is supreme so the question he posed was whether privileges are themselves part of the Constitution. If they are not, it is clear that the *Charter* prevails. If they are, the *Charter* cannot be used to disallow another part of the Constitution (*Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148). Ultimately, he concluded that they are not and that, consequently, the *Charter* rights prevail.

The next question he addressed was whether the exercise of privilege is a government activity which is subject to *Charter* review pursuant to s. 32. The appellant submitted that only legislative products of provincial legislatures are subject to *Charter* review and further, that even if privileges are expressed in legislative form they do not attract *Charter* scrutiny. Nathanson J. did not accept these submissions holding instead that s. 32 applies to all

[TRANSDUCTION]

- a) la liberté de parole, y compris l'immunité contre les poursuites civiles relativement à toute affaire découlant de l'exercice des fonctions de membre de l'assemblée législative;
- b) le contrôle exclusif de ses propres débats;
- c) l'expulsion des étrangers de l'Assemblée et de ses environs;
- d) le contrôle de la publication des débats de l'Assemblée.

Il a conclu que ces champs de privilège sont compris dans ceux dont jouissait la Chambre des communes du Royaume-Uni en 1867 et constituent donc des champs de privilège valides conformément à l'art. 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En outre, la présence de caméras de télévision à l'assemblée législative sans l'autorisation de celle-ci constituerait, en fait, une violation de ces privilèges de l'Assemblée.

Après avoir exposé ce conflit entre les droits garantis par la *Charte* aux journalistes et les privilèges des membres de l'Assemblée, le juge Nathanson s'est penché sur la question de savoir lesquels devraient l'emporter. Évidemment, la Constitution est suprême de sorte que la question qu'il posait était de savoir si les privilèges font eux-mêmes partie de la Constitution. S'ils n'en font pas partie, il est clair que la *Charte* l'emporte. S'ils en font partie, on ne peut pas se servir de la *Charte* pour rejeter une autre partie de la Constitution (*Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148). En dernière analyse, il a conclu qu'ils n'en font pas partie et que, par conséquent, les droits garantis par la *Charte* l'emportent.

Il a abordé ensuite la question de savoir si l'exercice d'un privilège est une activité gouvernementale sujette à un examen fondé sur la *Charte*, conformément à l'art. 32. L'appelant a soutenu que seuls les textes législatifs émanant des législatures provinciales sont soumis à un examen fondé sur la *Charte* et en outre que, même si des privilèges étaient énoncés sous forme de textes législatifs, ils ne seraient pas sujets à un examen fondé sur la *Charte*. Le juge Nathanson n'a pas accepté ces prétentions et a plutôt statué que l'art. 32 s'ap-

actions of the legislature derived from common law.

Turning to s. 1, Nathanson J. concluded that the objectives sought to be achieved by the ban of cameras are pressing and substantial, that the means sought to achieve them are rationally connected to the objectives, but that the means did not meet the minimal impairment test. He acknowledged that the ban was not a total blackout, but expressed the opinion that, nonetheless, means which would constitute a lesser impairment of the right to freedom of expression could be developed.

Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division (1991), 80 D.L.R. (4th) 11

Jones J.A. (for the majority)

Jones J.A. began his judgment by acknowledging that the power of the House to exclude members of the public was clear prior to the coming into force of the *Charter*. This power flowed from the supremacy of Parliament in the British system where this supremacy is unobstructed by any precepts of a written constitution. He noted that the adoption of the *Charter* altered the Canadian Constitution such that it is no longer altogether similar in principle to that of the United Kingdom.

Jones J.A. turned to the question of whether the *Charter* applies to the House of Assembly and arrived at the conclusion that it does (at p. 21):

Under s. 32(1), the Charter applies to the legislature in respect of all matters within the authority of the legislature. The privileges of the House are matters within the authority of the legislature and indeed have been legislated upon. Therefore the privileges are subject to the Charter.

He did not accept the argument that privileges are themselves part of the Constitution and that, therefore, they cannot be subject to *Charter* scrutiny. He considered the question and concluded that privileges are not expressly entrenched and that the simple mention of them in some sections is not sufficient to exempt the legislatures from comply-

plique à tous les actes de la législature découlant de la common law.

Passant à l'article premier, le juge Nathanson a conclu que les objectifs poursuivis en interdisant la présence des caméras étaient urgents et réels, que les moyens utilisés pour les atteindre avaient un lien rationnel avec ces objectifs, mais que ces moyens ne satisfaisaient pas au critère de l'atteinte minimale. Il a reconnu que l'interdiction n'entraînait pas une suppression totale de la télédiffusion, mais il s'est dit d'avis qu'il était néanmoins possible de concevoir des moyens qui constitueraient une atteinte moins grave au droit à la liberté d'expression.

Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1991), 80 D.L.R. (4th) 11

Le juge Jones (au nom de la majorité)

Le juge Jones a reconnu d'emblée que l'Assemblée avait clairement le pouvoir d'exclure le public avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. Ce pouvoir découlait de la suprématie du Parlement dans le système britannique où aucun précepte d'une constitution écrite ne fait obstacle à cette suprématie. Il a fait observer que l'adoption de la *Charte* a modifié la Constitution canadienne de telle sorte qu'elle n'est plus tout à fait analogue en principe à celle du Royaume-Uni.

Le juge Jones est ensuite passé à la question de savoir si la *Charte* s'applique à l'assemblée législative et a conclu que c'est le cas (à la p. 21):

[TRADUCTION] En vertu du par. 32(1), la Charte s'applique à la législature pour tous les domaines relevant de cette législature. Les privilèges de l'Assemblée sont des domaines relevant de la législature et en effet celle-ci a légiféré à leur égard. Les privilèges sont donc assujettis à la Charte.

Il n'a pas retenu l'argument selon lequel les privilèges font eux-mêmes partie de la Constitution et ne peuvent donc faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Il a étudié la question et a conclu que les privilèges ne sont pas consacrés expressément et que leur simple mention dans certains articles n'est pas suffisante pour exempter les

ing with *Charter* rights in so far as privileges are concerned.

Having determined that the *Charter* applies, Jones J.A. turned to the question of whether banning cameras from the public gallery pursuant to parliamentary privilege is a violation of s. 2(b). He concluded that it is as the ban essentially prohibited a mode of expression. He further concluded that the s. 1 test was not met as the ban is virtually total and “inconvenience or a desire to control the production is not sufficient when considering the fundamental right involved” (p. 40). He noted that the reasons for allowing access are more compelling than those for disallowing (at p. 39):

The public right of access to the House is essential to ensure public confidence in the operation of the legislature. The public has a right to know how their taxes are being expended, whether their representatives are fulfilling their roles and what legislation which may affect their lives and their rights is being enacted.

He left open the question as to whether any limits can be placed on this right of access.

Hallett J.A. (in dissent)

Hallett J.A. came to the opposite conclusion from the majority on every issue. He determined first that the *Charter* does not apply to permit the courts to review the exercise of the recognized privileges of the House. He first made clear that, prior to the *Charter*, while the courts exercised jurisdiction to determine “if the action of the members in a particular instance was within the ambit of the recognized privileges of the House”, they had no authority to review “the exercise of that privilege where it concerns the ‘internal proceedings’ of the House” (p. 47) (emphasis in original). He reasoned that the *Charter* did not change this state of affairs as s. 32 encompasses only “the product of the law-making process” (p. 50). He acknowledged that this makes more than legisla-

législatures de se conformer aux droits garantis par la *Charte* dans la mesure où des privilèges sont concernés.

^a Après avoir statué que la *Charte* s’applique, le juge Jones a abordé la question de savoir si le fait d’interdire la présence des caméras dans la tribune du public conformément à un privilège parlementaire constitue une violation de l’al. 2b). Il a conclu qu’il y a violation puisque l’interdiction visait essentiellement un mode d’expression. Il a également conclu que l’on ne satisfaisait pas au critère de l’article premier puisque l’interdiction est pratiquement absolue et que [TRADUCTION] «la présence d’un inconfort ou la volonté d’exercer un contrôle sur la production ne suffit pas compte tenu du droit fondamental concerné» (p. 40). Il a fait remarquer que les raisons de permettre l’accès sont ^d plus impérieuses que celles de l’interdire (à la p. 39):

[TRADUCTION] Le droit d’accès du public à l’Assemblée est essentiel pour que le public ait confiance dans le fonctionnement de la législature. Le public a le droit de savoir comment ses impôts sont dépensés, si ses représentants remplissent leurs tâches et quelle mesure législative pouvant influencer sur sa vie et ses droits est en train d’être adoptée.

^f Il n’a pas répondu à la question de savoir si ce droit d’accès peut être assujéti à certaines limites.

Le juge Hallett (dissident)

^g Le juge Hallett a abouti à une conclusion contraire à celle de la majorité en ce qui concerne chaque question. Il a statué premièrement que la *Charte* ne s’applique pas pour permettre aux tribunaux de contrôler l’exercice des privilèges reconnus de l’Assemblée. Il a d’abord précisé qu’avant l’adoption de la *Charte* les tribunaux avaient compétence pour déterminer [TRADUCTION] «si l’action des députés dans un cas particulier relevait des privilèges reconnus de l’Assemblée», mais qu’ils n’avaient pas le pouvoir de contrôler [TRADUCTION] «l’exercice de ce privilège lorsqu’il a trait aux «débats internes» de l’Assemblée» (p. 47) (en italique dans l’original). Il a calculé que la *Charte* n’a pas changé cet état de choses puisque l’art. 32 vise seulement [TRADUCTION] «le produit

tion reviewable. For example, s. 32 renders Cabinet decisions reviewable, but he distinguished the review of these kinds of decisions from the review of "how the legislative bodies function while in session" (p. 50) and thereby, how they exercise their privileges. He concluded that if the *Charter* was intended to subject privileges to its scrutiny, the *Constitution Act, 1982* would have expressly so provided.

Hallett J.A. went on to determine that even if he was wrong in the above conclusions, a ban on filming in the House does not constitute an infringement of s. 2(b). He argued that the media has no right to access over and above the access that is accorded to the general public and that the guarantee of freedom of expression is not so wide as to permit the media access to wherever they choose. He stated that the 2(b) guarantee is not absolute, that the members of the House are in exclusive possession of the legislative chamber and that they therefore have a right to determine who enters and how they conduct themselves while they are there.

Finally, Hallett J.A. stated that even if one were to conclude that there had been an infringement of s. 2(b), it would be saved under s. 1 as "there is a pressing and substantial need to maintain decorum in the House so that the business of the province can be conducted in an orderly manner" (p. 56).

IV. Issues

The following constitutional questions were stated by Gonthier J. on July 3, 1991:

1. Does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the members of the House of Assembly when exercising their privileges as members?
2. If the answer to question 1 is yes, does exercising a privilege so as to refuse access to the media to the public gallery to record and relay to the public proceedings of the House of Assembly by means of their cameras

du processus législatif» (p. 50). Il a reconnu que cette disposition assujettit plus que les textes législatifs à un examen. Par exemple, les décisions du cabinet peuvent faire l'objet d'un examen en vertu de l'art. 32, mais il a fait une distinction entre l'examen de ces genres de décisions et l'examen de [TRADUCTION] «la façon dont les corps législatifs fonctionnent pendant qu'ils siègent» (p. 50) et, de ce fait, de la façon dont ils exercent leurs privilèges. Il a conclu que, si la *Charte* visait à assujettir les privilèges à son examen, la *Loi constitutionnelle de 1982* l'aurait prévu expressément.

Le juge Hallett a ensuite statué que, même s'il se trompait dans les conclusions susmentionnées, l'interdiction de filmer à l'Assemblée ne constitue pas une violation de l'al. 2b). Il a fait valoir que les médias n'ont pas un droit d'accès supérieur à celui qui est accordé au grand public et que la liberté d'expression garantie n'est pas générale au point de permettre aux médias d'avoir accès à tout ce qu'ils veulent. Il a déclaré que la garantie prévue à l'al. 2b) n'est pas absolue, que les députés ont la possession exclusive de l'assemblée législative et qu'ils ont donc le droit de déterminer qui peut y entrer et comment ils se conduisent eux-mêmes pendant qu'ils s'y trouvent.

En dernier lieu, le juge Hallett a affirmé que, même si on devait conclure qu'il y a eu violation de l'al. 2b), celle-ci serait justifiée en vertu de l'article premier car [TRADUCTION] «il existe un besoin urgent et réel de maintenir le décorum à l'Assemblée de sorte que les affaires de la province puissent se dérouler dans l'ordre» (p. 56).

h IV. Les questions en litige

Le 3 juillet 1991, le juge Gonthier a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle aux membres de l'Assemblée législative lorsqu'ils exercent leurs privilèges de députés?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'exercice d'un privilège pour refuser l'accès aux médias à la tribune du public, afin de les empêcher d'enregistrer et de retransmettre au public les débats de l'As-

contravene s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. If the answer to question 2 is yes, is such a refusal a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V. Analysis

A. *Does the Charter Apply to Members of the House of Assembly when Exercising Their Privileges as Members?*

(1) The Doctrine of Privilege

(a) *Privilege Generally*

In *Parliamentary Privilege in Canada* (1982), at p. 12, Joseph Maingot provides the following general definition of the doctrine of privilege:

Parliamentary privilege is the necessary immunity that the law provides for members of Parliament, and for members of the legislatures of each of the ten provinces and two territories, in order for these legislators to do their legislative work. It is also the necessary immunity that the law provides for anyone while taking part in a proceeding in Parliament or in a legislature. Finally, it is the authority and power of each House of Parliament and of each legislature to enforce that immunity.

This definition raises a number of issues which bear further discussion. First, who holds this privilege? Second, against whom do they hold it? And third, on what basis, or for what purpose do they hold it?

As stated by Maingot, it is the Houses of Parliament and the provincial legislative assemblies, and their members, that hold and exercise parliamentary privileges. It is important here to distinguish the Houses of Parliament and the legislative assemblies from the broader legislatures of which they are a part. In the case of a province, for example, the legislature is made up of the legislative assembly and the Crown's representative in the

semblée législative au moyen de leurs caméras, contrevient-il à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Si la réponse à la deuxième question est affirmative, pareil refus constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V. Analyse

A. *La Charte s'applique-t-elle aux membres de l'Assemblée législative lorsqu'ils exercent leurs privilèges de députés?*

(1) La théorie du privilège

a) *Le privilège en général*

Dans son ouvrage intitulé *Le privilège parlementaire au Canada* (1987), Joseph Maingot donne, à la p. 14, la définition générale suivante de la théorie du privilège:

Le privilège parlementaire est l'indispensable immunité que le droit accorde aux membres du Parlement et aux députés des dix provinces et des deux territoires pour leur permettre d'effectuer leur travail législatif. C'est également l'immunité que la loi accorde à tous ceux qui prennent part aux délibérations du Parlement ou d'une assemblée provinciale. Finalement, chaque Chambre du Parlement et chaque assemblée provinciale a l'autorité et le pouvoir de mettre en œuvre cette immunité.

Cette définition soulève un certain nombre de questions qui méritent un examen plus poussé. Premièrement, qui détient ce privilège? Deuxièmement, vis-à-vis de qui le détient-il? Et troisièmement, en vertu de quoi ou à quelle fin le détient-il?

Comme l'affirme Maingot, ce sont les chambres du Parlement et les assemblées législatives des provinces, ainsi que leurs membres, qui détiennent et exercent des privilèges parlementaires. Il importe ici de faire la distinction entre, d'une part, les chambres du Parlement et les assemblées législatives et, d'autre part, les législatures plus vastes dont elles font partie. Dans le cas d'une province, par exemple, la législature est constituée de l'as-

person of the Lieutenant Governor. The legislature cannot hold and exercise parliamentary privileges, as such privileges include the rights of the members of the legislative assembly as against the Crown's representative.

This takes us to the answer to the second question posed above. The members of the Houses of Parliament and the legislative assemblies hold parliamentary privileges as against the Crown and the Judiciary. This state of affairs arose from a history of conflict between Parliament, the Crown and the Judiciary in the United Kingdom. In 1908, Josef Redlich quoted the following definition of privilege at p. 46 of *The Procedure of the House of Commons*, vol. I:

... the sum of the fundamental rights of the House and of its individual members as against the prerogatives of the Crown, the authority of the ordinary Courts of Law, and the special rights of the House of Lords.

In the last century, privilege has most often been exercised in the form of immunity against judicial review. In *Bradlaugh v. Gossett* (1884), 12 Q.B.D. 271, at p. 275, Lord Coleridge C.J. made the following statement with respect to such immunity:

What is said or done within the walls of Parliament cannot be inquired into in a court of law. On this point all the judges in the two great cases which exhaust the learning on the subject,—*Burdett v. Abbott* [(1811), 14 East 1, 104 E.R. 501] and *Stockdale v. Hansard* [(1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112];—are agreed, and are emphatic. The jurisdiction of the Houses over their own members, their right to impose discipline within their walls, is absolute and exclusive. To use the words of Lord Ellenborough, "They would sink into utter contempt and inefficiency without it" [14 East 1, 104 E.R. 501, at p. 559 E.R.].

Of course, this immunity is not absolute. The place of judicial review will be discussed later in these reasons.

Parliamentary privilege, and immunity with respect to the exercise of that privilege, are

semblée législative et du représentant de la Couronne en la personne du lieutenant-gouverneur. La législature ne peut ni détenir ni exercer des privilèges parlementaires, car de tels privilèges englobent les droits des membres de l'assemblée législative vis-à-vis du représentant de la Couronne.

Cela nous amène à la réponse à la deuxième question posée plus haut. Les membres des chambres du Parlement et des assemblées législatives détiennent des privilèges parlementaires vis-à-vis de la Couronne et de la magistrature. Cet état de choses a découlé d'un conflit entre le Parlement, la Couronne et la magistrature au Royaume-Uni. En 1908, Josef Redlich a cité la définition suivante du privilège à la p. 46 de l'ouvrage intitulé *The Procedure of the House of Commons*, vol. I:

[TRADUCTION] ... la somme des droits fondamentaux de la Chambre et de ses membres pris individuellement vis-à-vis des prérogatives de la Couronne, de l'autorité des tribunaux ordinaires et des droits spéciaux de la Chambre des lords.

Au cours du siècle dernier, le privilège s'est exercé le plus souvent sous la forme d'une immunité à l'égard du contrôle judiciaire. Dans l'arrêt *Bradlaugh c. Gossett* (1884), 12 Q.B.D. 271, à la p. 275, le lord juge en chef Coleridge fait la déclaration suivante relativement à cette immunité:

[TRADUCTION] Ce qui se dit ou se passe dans l'enceinte du Parlement ne peut pas faire l'objet d'un examen devant une cour de justice. Sur ce point, tous les juges ayant pris part aux deux grands arrêts qui épuisent la question—*Burdett c. Abbott* [(1811), 14 East 1, 104 E.R. 501] et *Stockdale c. Hansard* [(1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112]—sont d'accord et formels. La compétence qu'ont les chambres sur leurs propres membres, leur droit d'imposer une discipline à l'intérieur de leurs murs, sont absolus et exclusifs. Pour employer les termes de lord Ellenborough, «Ils sembleraient sans cela dans l'inefficacité et le mépris absolus» [14 East 1, 104 E.R. 501, à la p. 559 E.R.].

Naturellement, cette immunité n'est pas absolue. Nous examinerons plus loin dans les présents motifs la place qu'occupe le contrôle judiciaire.

Le privilège parlementaire et l'immunité dans l'exercice de ce privilège sont fondés sur la néces-

founded upon necessity. Parliamentary privilege and the breadth of individual privileges encompassed by that term are accorded to members of the Houses of Parliament and the legislative assemblies because they are judged necessary to the discharge of their legislative function. In *Stockdale v. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1 (Q.B.), 112 E.R. 1112, at p. 1199 E.R., Coleridge J., as he then was, made the following statement to this effect:

... that the House should have exclusive jurisdiction to regulate the course of its own proceedings, and animadvert upon any conduct there in violation of its rules, or derogation from its dignity, stands upon the clearest grounds of necessity.

The content and extent of parliamentary privileges have evolved with reference to their necessity. In *Precedents of Proceedings in the House of Commons* (3rd ed. 1796) vol. 1, John Hatsell defined at p. 1 the privileges of Parliament as including those rights which are "absolutely necessary for the due execution of its power". It is important to note that, in this context, the justification of necessity is applied in a general sense. That is, general categories of privilege are deemed necessary to the discharge of the Assembly's function. Each specific instance of the exercise of a privilege need not be shown to be necessary.

Over time, by virtue of custom and usage, particular categories of privilege came to be recognized in the United Kingdom. These include, for example, free speech so that nothing said inside the Assembly may be brought into question elsewhere, immunity from arrest while the Assembly is sitting, the power to exclude strangers from its proceedings, the power to control the publication of its debates, and the power to punish for contempt. Categories of privilege did not develop in the same way in the colonial legislature of Canada and elsewhere, and the case law makes clear that the powers deemed necessary in the Houses of Parliament of the United Kingdom were not always deemed necessary in other contexts. For this reason, it is important to review the different origins

sité. Le privilège parlementaire et l'étendue des privilèges individuels qu'englobe cette expression sont accordés aux membres des chambres du Parlement et des assemblées législatives parce qu'ils sont jugés nécessaires à l'exercice de leur fonction législative. Dans *Stockdale c. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1 (Q.B.), 112 E.R. 1112, à la p. 1199 E.R., le juge Coleridge, plus tard lord Juge en chef, fait la déclaration suivante en ce sens:

[TRADUCTION] ... il relève de la nécessité la plus évidente que la Chambre ait la compétence exclusive pour régler le déroulement de ses propres débats et pour censurer tout comportement y adopté en violation de ses règles, ou toute dérogation à sa dignité.

Le contenu et la portée des privilèges parlementaires ont évolué en fonction de leur nécessité. Dans *Precedents of Proceedings in the House of Commons* (3^e éd. 1796), vol. 1, John Hatsell définit, à la première page, les privilèges du Parlement comme incluant les droits qui sont [TRADUCTION] «absolument nécessaires à l'exercice régulier de son pouvoir». Il importe de souligner que, dans ce contexte, la justification de la nécessité s'applique globalement. C'est-à-dire que des catégories générales de privilèges sont réputées nécessaires à l'exercice de la fonction de l'Assemblée. Il n'est pas nécessaire de démontrer que chaque cas précis d'exercice d'un privilège est nécessaire.

Avec le temps, en raison de la coutume et de l'usage, on en est venu à reconnaître des catégories particulières de privilèges au Royaume-Uni. Celles-ci comprennent, par exemple, la liberté de parole de telle sorte que rien de ce qui se dit à l'intérieur de l'Assemblée ne peut être mis en doute ailleurs, l'immunité contre toute arrestation pendant que l'Assemblée siège, le pouvoir d'expulser les étrangers de ses débats, le pouvoir de contrôler la publication de ses débats et le pouvoir de punir l'outrage commis à son égard. Les catégories de privilèges ne se sont pas développées de la même façon dans la législature coloniale du Canada et ailleurs, et il ressort nettement de la jurisprudence que les pouvoirs réputés nécessaires dans les chambres du Parlement du Royaume-Uni n'étaient

of privilege in the United Kingdom and in the colonial legislatures.

(b) *The Origins of Privilege*

(i) United Kingdom

As stated above, in the United Kingdom privilege evolved from a history of conflict between the Houses of Parliament, the Crown and the courts. In essence, it was a struggle for independence as between the different branches of government. In earlier times, particularly prior to 1640, the Crown and the courts showed no hesitation to intrude into the sphere of the Houses of Parliament. Nor did the Houses of Parliament hesitate to intrude into the sphere of the courts. For example, in 1629, Charles I had Sir John Eliot and two other members charged and imprisoned for sedition for words spoken in debate in the House. For their part, the Houses often used their penal jurisdiction to imprison sheriffs, magistrates and even judges of the superior court—as in 1689 when two judges of King's Bench were imprisoned for their decision in *Jay v. Topham* (14 East 102, 104 E.R. 540).

Initially, the Houses simply claimed privilege on their own behalf. They did not request its recognition by the Crown in statute, or by the courts in common law. Thus parliamentary privileges were in a sense outside the law, or a law unto themselves. It was referred to as part of the *lex parliamentis* or the law of parliament, not as part of statute or common law. When a member was arrested in violation of privilege, the House would not turn to Crown or courts for his release. It would not make an application for *habeas corpus* before the courts and argue it on the basis of a doctrine of privilege; it would simply send the Sergeant-at-

pas toujours réputés nécessaires dans d'autres contextes. Pour cette raison, il est important d'examiner les origines différentes du privilège au Royaume-Uni et dans les législatures coloniales.

b) *Les origines du privilège*

(i) Le Royaume-Uni

Comme je l'ai déjà mentionné, au Royaume-Uni le privilège a évolué à partir d'un conflit entre les chambres du Parlement, la Couronne et les tribunaux. Il s'agissait essentiellement d'une lutte pour l'indépendance entre les différentes branches de gouvernement. À une époque antérieure, tout particulièrement avant 1640, la Couronne et les tribunaux n'ont nullement hésité à s'immiscer dans le domaine des chambres du Parlement. Ces dernières n'ont pas hésité non plus à s'immiscer dans le domaine des tribunaux. Par exemple, en 1629, Charles 1^{er} a accusé sir John Eliot et deux autres députés de sédition en raison de paroles prononcées durant les débats de la Chambre et les a fait emprisonner. Quant à elles, les chambres ont souvent eu recours à leur compétence en matière pénale pour faire emprisonner des shérifs, des magistrats et même des juges de cour supérieure—comme, en 1689, lorsque deux juges de la Cour du Banc du Roi ont été emprisonnés en raison de leur décision dans l'affaire *Jay c. Topham* (14 East 102, 104 E.R. 540).

À l'origine, les chambres réclamaient un privilège en leur propre nom. Elles ne demandaient pas que la Couronne le reconnaisse dans une loi ou que les tribunaux le reconnaissent dans la common law. Ainsi, les privilèges parlementaires étaient, dans un sens, extérieurs à la loi, ou une loi en eux-mêmes. On en parlait comme faisant partie de la *lex parliamentis* ou de la loi du parlement, non pas comme faisant partie de la loi écrite ou de la common law. Lorsqu'un député était arrêté en violation du privilège, la Chambre ne se tournait pas vers la Couronne ou les tribunaux pour le faire relâcher. Elle ne faisait pas de demande d'*habeas corpus* devant les tribunaux en plaidant la théorie du privilège; elle envoyait simplement le sergent d'armes

Arms with the ceremonial mace to the prison to demand the member's release on its own authority.

Over time, with some acquiescence on all sides, the exercise of privilege became less confrontational. With the acquiescence of the Crown, much of the law relating to privilege was codified in statute. For example, the ninth article of the English *Bill of Rights* of 1689 provided that "the freedom of Speech and Debates or Proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any Court or Place out of Parliament." The courts conceded some jurisdiction to the Houses through the common law. In turn, the Houses conceded some jurisdiction to the courts, appearing before them pleading privilege and trusting them to dismiss an inappropriate claim on that basis. Finally, in 1704, the Commons undertook not to claim any privilege in the future not already established by custom and usage. For a more detailed account of this historical evolution, see *Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (21st ed. 1989), at pp. 69-83.

Thus privilege in the United Kingdom currently finds its source in the *lex parliamentis*, the common law and statute law. However, given its historical development, it is fair to say that its source is constitutional in the most fundamental sense in that it has everything to do with the relationships between the different branches of government. The same cannot be said of parliamentary privilege as it developed in the colonial legislatures in Canada and elsewhere.

(ii) The Colonial Legislatures

In the colonial legislatures in Canada and elsewhere, parliamentary privileges were derived from common law or statute law. In common law, such legislatures were held to have certain inherent powers simply by virtue of their creation. It was not accepted, however, that those powers were as extensive as those of the Houses of Parliament in

avec la masse de cérémonie à la prison afin d'exiger, de sa propre autorité, la libération du député incarcéré.

Avec le temps et un certain assentiment de toutes les parties concernées, l'exercice du privilège a donné lieu à moins d'affrontements. Avec l'assentiment de la Couronne, une bonne partie du droit relatif au privilège a été codifiée. Par exemple, l'art. 9 du *Bill of Rights* anglais de 1689 prévoyait que [TRADUCTION] «la liberté de parole et des débats ou procédures au Parlement ne devrait être attaquée ou contestée devant aucun tribunal ni ailleurs qu'au Parlement». Les tribunaux ont reconnu une certaine compétence aux chambres au moyen de la common law. À leur tour, celles-ci ont reconnu une certaine compétence aux tribunaux, en comparaisant devant eux, en invoquant l'existence d'un privilège et en se fiant qu'ils rejetteraient toute demande inadéquate faite sur ce fondement. Enfin, en 1704, les Communes se sont engagées à ne réclamer désormais aucun privilège qui ne soit pas déjà établi par la coutume et l'usage. Pour un compte rendu plus détaillé de cette évolution historique, voir *Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (21^e éd. 1989), aux pp. 69 à 83.

Ainsi, au Royaume-Uni, le privilège a son origine actuellement dans la *lex parliamentis*, la common law et la loi écrite. Toutefois, vu son évolution historique, il est juste de dire qu'il est d'origine constitutionnelle au sens le plus fondamental du fait qu'il a tout à voir avec les rapports entre les différentes branches du gouvernement. On ne saurait dire la même chose du privilège parlementaire qui s'est développé dans les législatures coloniales au Canada et ailleurs.

(ii) Les législatures coloniales

Dans les législatures coloniales au Canada et ailleurs, les privilèges parlementaires ont découlé de la common law ou de la loi écrite. En common law, on considérait que de telles législatures avaient certains pouvoirs inhérents du seul fait de leur création. Cependant, on n'acceptait pas que ces pouvoirs soient aussi étendus que ceux des

the United Kingdom simply because they were bodies with analogous functions. This point is well illustrated by the following passages, made by the Privy Council in reference to the Newfoundland legislative assembly in the case of *Kielley v. Carson* (1842), 4 Moore 63, 13 E.R. 225, at pp. 234-35 E.R.:

Their Lordships see no reason to think, that in the principle of the Common Law, any other powers are given them, than such as are necessary to the existence of such a body, and the proper exercise of the functions which it is intended to execute. These powers are granted by the very act of its establishment, an act which on both sides, it is admitted, it was competent for the Crown to perform. This is the principle which governs all legal incidents. "*Quando Lex aliquid concedit, concedere videtur et illud, sine quo res ipsa esse non potest.*" In conformity to this principle we feel no doubt that such an Assembly has the right of protecting itself from all impediments to the due course of its proceeding. To the full extent of every measure which it may be really necessary to adopt, to secure the free exercise of their Legislative functions, they are justified in acting by the principle of the Common Law.

It is said, however, that this power belongs to the House of Commons in England; and this, it is contended, affords an authority for holding that it belongs as a legal incident, by the Common Law, to an Assembly with analogous functions. But the reason why the House of Commons has this power, is not because it is a representative body with legislative functions, but by virtue of ancient usage and prescription; the *lex et consuetudo Parliamenti*, which forms a part of the Common Law of the land, and according to which the High Court of Parliament, before its division, and the Houses of Lords and Commons since, are invested with many peculiar privileges, that of punishing for contempt being one.

Thus, it was held that the inherent powers of the colonial legislatures were not as broad as those of the Houses of Parliament of the United Kingdom for two reasons. First, the relatively shorter histories of such bodies had not given rise to a similar claim by way of custom and usage. Second, the same powers were not perceived to be justified by necessity. Henry J. alluded to both reasons in

chambres du Parlement du Royaume-Uni simplement parce qu'il s'agissait d'organismes exerçant des fonctions analogues. Cela ressort clairement des passages suivants de l'avis que le Conseil privé a exprimé relativement à l'Assemblée législative de Terre-Neuve dans l'arrêt *Kielley c. Carson* (1842), 4 Moore 63, 13 E.R. 225, aux pp. 234 et 235 E.R.:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries ne voient aucune raison de penser que, dans le principe de la common law, on lui donne d'autres pouvoirs que ceux qui sont nécessaires à l'existence d'un tel organisme et à l'exercice adéquat des fonctions qu'il est censé remplir. Ces pouvoirs sont conférés du seul fait de son établissement, un acte que, selon les deux parties, la Couronne avait le pouvoir d'accomplir. C'est le principe qui régit tous les événements juridiques. «*Quando lex aliquid concedit, concedere videtur et illud, sine quo res ipsa esse non potest.*» Conformément à ce principe, il ne fait aucun doute pour nous qu'une telle assemblée a le droit de se protéger de tous les obstacles au bon déroulement de ses travaux. Dans la pleine mesure de toute disposition qu'il peut être vraiment nécessaire d'adopter pour garantir le libre exercice de ses fonctions législatives, elle est justifiée d'agir selon le principe de la common law.

On dit toutefois que ce pouvoir appartient à la Chambre des communes en Angleterre; et cela, allègue-t-on, permet de conclure qu'il appartient en tant que particularité juridique, selon la common law, à une assemblée ayant des fonctions analogues. Mais la Chambre des communes a ce pouvoir non pas parce qu'elle est un organisme représentatif ayant des fonctions législatives, mais en vertu d'une prescription et d'un usage anciens; la *lex et consuetudo Parliamenti*, qui fait partie de la common law du pays et selon laquelle la Haute Cour du Parlement, avant sa division, et la Chambre des lords et la Chambre des communes depuis, se sont vu conférer un grand nombre de privilèges particuliers, dont celui de punir l'outrage commis à leur égard.

Ainsi, on a conclu que les pouvoirs inhérents des législatures coloniales n'étaient pas aussi vastes que ceux des chambres du Parlement du Royaume-Uni pour deux raisons. Premièrement, l'histoire relativement courte de ces organismes n'a pas donné naissance à une demande semblable au moyen de la coutume et de l'usage. Deuxièmement, on n'a pas considéré que la nécessité justi-

Landers v. Woodworth (1878), 2 S.C.R. 158, at pp. 210-12:

It cannot be claimed, that what the House of Commons, after centuries of political contests, with the voice of the nation to back it, found it necessary to assume in the peculiar relations existing, in the shape of judicial functions, which the nation ratified as necessary to curb and control judges more immediately under the control of despotic sovereigns, should be at all necessary or proper in regard to Provincial Legislatures. Involved in the latest and most learned decisions of the judges in *England* may be fairly assumed is the proposition, that the House of Commons depends solely on the law and custom of Parliament for its right to adjudicate for a contempt, and that, as a new privilege, it could not now be assumed. In the one case, the life of the Constitution of the country was often endangered, and might have been wholly lost, but for the assumption of this power by the House of Commons of *England*; in the other, no such consequences could arise. The Constitutions of the Provincial Legislatures were never subject to such perils.

I cannot discover how any Provincial Assembly could obtain any right to exercise judicial functions, unless by legislation; for there are no laws or customs peculiar to each which would give the right by which an alleged contempt could be tried. Without receiving by legislation the same power as is exercised by the House of Commons, and without law or custom of Parliament of their own to warrant such a trial, how did they get it? I have tried in vain for any source from which it could have come.

Much of the jurisprudence to this effect, including the two cases quoted from above, centred on the issue of whether the colonial legislatures held the power to punish for contempt, beyond simply ejecting a person whose behaviour was disruptive to the House. In that context, a further historical factor was highly relevant. The penal jurisdiction of the Houses of Parliament in the United Kingdom was in large part derived from the fact that at one time they had been part of the "High Court of

fiait les mêmes pouvoirs. Le juge Henry a fait allusion aux deux raisons dans l'arrêt *Landers c. Woodworth* (1878), 2 R.C.S. 158, aux pp. 210 à 212:

[TRADUCTION] On ne peut pas prétendre que ce que la Chambre des communes, après des siècles de contestations politiques et avec l'appui de la nation, a estimé nécessaire d'assumer dans les relations particulières existantes, sous la forme de fonctions judiciaires, que la nation a ratifiées comme étant nécessaires pour exercer une maîtrise sur les juges plus directement sous la domination de souverains despotiques, devrait être nécessaire ou approprié à l'égard des législatures provinciales. On peut à juste titre supposer que les décisions les plus récentes et éminentes des juges en *Angleterre* comportent la proposition selon laquelle la Chambre des communes dépend seulement de la loi et de la coutume du Parlement en ce qui concerne son droit de se prononcer en matière d'outrage et, en tant que nouveau privilège, il ne saurait être assumé maintenant. Dans le premier cas, la Constitution du pays était souvent en danger et aurait même pu être compromise totalement si la Chambre des communes d'*Angleterre* n'avait pas assumé ce pouvoir; dans l'autre cas, aucune conséquence de la sorte ne pouvait découler. Les constitutions des législatures provinciales n'ont jamais été exposées à de tels périls.

Je ne puis comprendre comment une assemblée provinciale pourrait obtenir le droit d'exercer des fonctions judiciaires, si ce n'est en vertu d'une loi, car il n'y a aucune loi ou coutume particulière à chacune qui pourrait conférer le droit de juger une allégation d'outrage. Sans avoir reçu par voie législative le même pouvoir qu'exerce la Chambre des communes, et en l'absence d'une loi ou coutume propre au Parlement pour justifier un tel procès, comment l'ont-elles obtenu? J'ai cherché en vain une source quelconque dont il aurait pu découler.

Une grande partie de la jurisprudence en ce sens, dont les deux arrêts cités ci-dessus, est axée sur la question de savoir si les législatures coloniales avaient le pouvoir de punir l'outrage, en plus de simplement expulser une personne dont le comportement dérangeait l'Assemblée. Dans ce contexte, un autre facteur historique était très pertinent. La compétence en matière pénale des chambres du Parlement au Royaume-Uni découlait en grande partie du fait que, à un moment donné,

Parliament”, the judicial function of which had been as important as its legislative function. The division between legislatures and courts has been much clearer in Canada throughout its constitutional history.

Henry J. notes, in the above quotation, that powers beyond the inherent privileges of provincial legislatures can be granted to them by statute. This has been the case in Canada with respect to the House of Commons, the Senate and most of the provincial legislative assemblies. For example, the House of Commons was granted the power to legislate for themselves the same privileges as those held by the Houses of Parliament in the United Kingdom in s. 18 of the *British North America Act, 1867* (now the *Constitution Act, 1867*). Most of the provincial legislatures have granted themselves the same privileges through their power to amend their own constitutions (see *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600 (P.C.)). However, the difference in breadth between the inherent privileges of these bodies and those granted by statute must be kept in mind as it may well have an impact on their constitutional status.

(c) *Judicial Review of Privilege*

As stated in the 21st edition of Erskine May's Treatise, *supra*, at p. 145: “After some three and a half centuries, the boundary between the competence of the law courts and the jurisdiction of either House in matters of privilege is still not entirely determined.” By undertaking a brief historical review, however, the general compromise which continues to hold sway can be illustrated.

Originally, the Houses of Parliament took the position that they were the exclusive judges of their own privileges. This encompassed the existence and extent of privileges as well as their exercise. Thus, they claimed to be absolute arbiters of their own privileges and, further, that their judgments with respect to those privileges were not reviewable by any other court. The courts, on the other hand, considered *lex parliamentis* to be part

elles ont fait partie de la «Haute Cour du Parlement» dont la fonction judiciaire était aussi importante que sa fonction législative. La séparation entre les législatures et les tribunaux a été beaucoup plus claire au Canada durant toute son histoire constitutionnelle.

Le juge Henry fait remarquer, dans la citation ci-dessus, qu'une loi peut conférer aux législatures provinciales des pouvoirs excédant leurs privilèges inhérents. Ce fut le cas au Canada en ce qui concerne la Chambre des communes, le Sénat et la plupart des assemblées législatives des provinces. Par exemple, la Chambre des communes a reçu à l'art. 18 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*), le pouvoir d'adopter des lois lui accordant les mêmes privilèges que ceux détenus par les chambres du Parlement au Royaume-Uni. La plupart des législatures provinciales se sont accordés les mêmes privilèges grâce à leur pouvoir de modifier leurs propres constitutions (voir *Fielding c. Thomas*, [1896] A.C. 600 (C.P.)). Il faut se rappeler la différence, sur le plan de leur portée, entre les privilèges inhérents à ces organismes et ceux conférés par une loi car elle peut bien avoir des répercussions sur leur statut constitutionnel.

c) *Le contrôle judiciaire du privilège*

Comme on le mentionne dans la 21^e édition du traité d'Erskine May, *op. cit.*, à la p. 145: [TRADUCTION] «Après quelque trois siècles et demi, la frontière entre la compétence des tribunaux et les pouvoirs de l'une ou l'autre chambre en matière de privilège n'est pas encore entièrement délimitée.» On peut cependant, au moyen d'un bref aperçu historique, illustrer le compromis général qui continue de s'imposer.

À l'origine, les chambres du Parlement ont adopté la position selon laquelle elles étaient les juges exclusifs de leurs propres privilèges. Cela comprenait l'existence et la portée des privilèges ainsi que leur exercice. Elles prétendaient ainsi être les arbitres absolus de leurs propres privilèges et, également, que leurs jugements relatifs à ces privilèges n'étaient pas susceptibles de contrôle par un autre tribunal. Les tribunaux, par contre,

of the law of the land and, as such, within their judicial notice. Particularly when the issue at hand involved the rights of third parties, the courts considered it their role to interpret the law of Parliament and to apply it.

Over time, these opposing views were reconciled to a degree. In Erskine May's Treatise, at p. 150, it is reported that:

In the nineteenth century, a series of cases forced upon the Commons and the courts a comprehensive review of the issues which divided them, from which it became clear that some of the earlier claims to jurisdiction made in the name of privilege by the House of Commons were untenable in a court of law: that the law of Parliament was part of the general law, that its principles were not beyond the judicial knowledge of the judges, and that it was the duty of the common law to define its limits could no longer be disputed. At the same time, it was established that there was a sphere in which the jurisdiction of the House of Commons was absolute and exclusive.

A major turning point in this respect was the case of *Stockdale v. Hansard, supra*. There, Lord Denman C.J. found first that the House's contention that its orders could not be questioned was untenable. To find otherwise would be to hold that the House of Commons is supreme when only Parliament is supreme. Thus when a case involving privilege is brought before them, the courts must look at the grievance of the plaintiff to determine if it involves a right for which there is a remedy and if the defendant has a good defence in law. A declaration of law must be inquired into to determine if it is indeed a matter of privilege. Otherwise, the House could bring any matter within its jurisdiction simply by declaring it to be so. If, upon examination, the subject matter does fall within the jurisdiction of the House, then the courts cannot question its judgment. If, however, a claim of privilege is not valid, then the courts can decline to enforce it. In that particular case, Lord Denman C.J. embarked on that inquiry and determined that the House's claim that it had the privilege of pub-

considéraient que la *lex parliamentis* faisait partie de la loi du pays et qu'à ce titre ils pouvaient en prendre connaissance d'office. Tout particulièrement lorsque la question en litige portait sur les droits de tiers, les tribunaux considéraient que c'était leur rôle d'interpréter la loi du Parlement et de l'appliquer.

Avec le temps, on a concilié jusqu'à un certain point ces opinions. Dans le traité d'Erskine May, à la p. 150, il est écrit:

[TRADUCTION] Au XIX^e siècle, une série d'affaires ont forcé les Communes et les tribunaux à procéder à un examen exhaustif des questions qui les divisaient, lequel examen a permis de constater que certaines des premières revendications de compétence présentées au nom du privilège par la Chambre des communes ne pouvaient pas tenir devant un tribunal: on ne pouvait plus contester que la loi du Parlement faisait partie de la loi générale, que ses principes n'excédaient pas la connaissance d'office des juges et qu'il appartenait à la common law d'en définir les limites. En même temps, il a été établi qu'il y avait un domaine dans lequel la compétence de la Chambre des communes était absolue et exclusive.

L'un des principaux points tournants à cet égard fut l'arrêt *Stockdale c. Hansard*, précité. Le lord juge en chef Denman y a statué premièrement que la Chambre ne pouvait pas prétendre que ses ordonnances étaient incontestables. Conclure le contraire reviendrait à statuer que la Chambre des communes est suprême alors que seul le Parlement l'est. Ainsi, lorsqu'ils sont saisis d'une affaire concernant un privilège, les tribunaux doivent examiner le grief du demandeur pour déterminer s'il porte sur un droit pour lequel il existe un recours et si le défendeur possède en droit un bon moyen de défense. Une déclaration de droit doit faire l'objet d'un examen pour déterminer si c'est vraiment une question de privilège. Sinon, la Chambre pourrait soumettre une question à sa compétence simplement en déclarant que cette question relève effectivement de sa compétence. Si, après examen, la question relève effectivement de la compétence de la Chambre, les tribunaux ne peuvent pas alors mettre son jugement en doute. Si, toutefois, une demande de privilège n'est pas valide, les tribu-

lishing defamatory material with immunity was not proven.

That position was readily adopted by Canadian courts. In *Landers v. Woodworth*, *supra*, at p. 196, the then Chief Justice of the Supreme Court, Richards C.J., made the following statement:

Even in *England*, the courts will see whether what the House of Commons declares to be its privileges really are so, the mere affirmance by that body that a certain act is a breach of their privileges will not oust the courts from enquiring and deciding whether the privilege claimed really exists.

The general rule which has developed from the above and subsequent case law is that courts will inquire into the existence and extent of privilege, but not its exercise. This rule does not always provide a clear guide, however, as the existence, extent and exercise of privilege tend to overlap. This difficulty can readily be illustrated with the example of freedom of speech. Courts have, on occasion, inquired into the extent of the privilege of free speech by determining whether various things said outside the Assembly are so closely connected to the work of the Assembly that they too should be immune from review. But is this truly a question of the extent of the privilege of free speech, or is it a question of its exercise?

Another general proposition which can be derived from the case law is that courts are apt to look more closely at cases in which claims to privilege have an impact on persons outside the Assembly than at those which involve matters entirely internal to the Assembly. The lines are not altogether clear here either though. For example, in the case before us the issue clearly revolves around the internal proceedings of the Assembly. At the same time, it is persons not connected to the Assembly who allege their rights are infringed.

naux peuvent refuser de la mettre à exécution. Dans cet arrêt particulier, le lord juge en chef Denman a procédé à cet examen et a décidé que la Chambre n'avait pas prouvé qu'elle avait le privilège de publier des documents diffamatoires tout en jouissant d'une immunité.

Les tribunaux canadiens ont adopté volontiers cette position. Dans l'arrêt *Landers c. Woodworth*, précité, à la p. 196, le juge en chef Richards, qui présidait alors la Cour suprême, a déclaré:

[TRADUCTION] Même en *Angleterre*, les tribunaux regarderont si les choses que la Chambre des communes déclare être ses privilèges en sont vraiment; la simple affirmation par cet organisme qu'un certain acte constitue une violation de ses privilèges n'empêche pas les tribunaux d'examiner et de décider si le privilège revendiqué existe réellement.

La règle générale qui se dégage de la jurisprudence susmentionnée et de la jurisprudence ultérieure est que les tribunaux vérifieront l'existence et la portée du privilège, mais non son exercice. Toutefois, cette règle ne fournit pas toujours des indications claires car l'existence, la portée et l'exercice du privilège tendent à se chevaucher. On peut illustrer facilement cette difficulté par l'exemple de la liberté de parole. Les tribunaux ont, à l'occasion, examiné la portée du privilège de la liberté de parole en déterminant si divers propos tenus à l'extérieur de l'Assemblée ont un lien tellement étroit avec les travaux de celle-ci qu'eux aussi devraient être exemptés de tout contrôle. Mais cela met-il vraiment en question la portée du privilège de la liberté de parole ou cela met-il plutôt en question son exercice?

Une autre proposition générale qui peut être dégagée de la jurisprudence est que les tribunaux peuvent examiner de plus près les affaires dans lesquelles les revendications de privilège ont des répercussions sur des personnes à l'extérieur de l'Assemblée, que celles qui portent sur des questions purement internes de l'Assemblée. Pourtant les lignes de démarcation ne sont pas tout à fait claires ici non plus. Par exemple, dans le cas qui nous est soumis, la question tourne clairement autour des débats internes de l'Assemblée. En

Does this qualify as an “inside case” or as an “outside case”?

(2) Application of the Doctrine of Privilege in the Present Case

There are essentially four arguments put forward by the appellant and the interveners in support of the appellant as to why the *Charter* ought not to apply to the exercise of parliamentary privileges:

1. By virtue of s. 88 of the *Constitution Act, 1867*, and its inclusion in the schedule of the *Constitution Act, 1982*, the Constitution of Nova Scotia is part of the federal constitution;

2. By virtue of the inclusion of art. 9 of the English *Bill of Rights* of 1689 in the preamble of the *Constitution Act, 1867*, and its inclusion in the schedule of the *Constitution Act, 1982*, the principle that the exercise of parliamentary privileges is not to be reviewed by the courts is enshrined in the Constitution;

3. Parliamentary privileges have an inherent constitutional status derived from the very nature of the institution and from the preamble to the *Constitution Act, 1867*; or

4. The exercise of parliamentary privileges is not covered by s. 32 of the *Charter*, either because:

(a) the House of Assembly does not fall within the words “legislature” or “government”; or,

(b) the exercise of parliamentary privileges does not fall within the phrase “within the authority of the legislature”.

I will deal with each of these arguments in turn below.

The first argument has two steps. First, it is alleged that the privileges exercised by the Nova Scotia House of Assembly and its members are a part of the provincial constitution. Second, it is

même temps, ce sont des personnes non liées à l’Assemblée qui soutiennent que leurs droits sont violés. Sommes-nous en présence d’une «affaire interne» ou d’une «affaire externe»?

(2) Application de la théorie du privilège dans la présente affaire

L’appelant et les intervenants qui l’appuient avancent essentiellement quatre arguments en ce qui a trait à la question de savoir pourquoi la *Charte* ne devrait pas s’appliquer à l’exercice de privilèges parlementaires:

1. En vertu de l’art. 88 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et de son insertion dans l’annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Constitution de la Nouvelle-Écosse fait partie de la constitution fédérale;

2. En vertu de l’insertion de l’art. 9 du *Bill of Rights* anglais de 1689 dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et de son insertion dans l’annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le principe selon lequel l’exercice de privilèges parlementaires ne doit pas être assujéti au contrôle judiciaire est consacré dans la Constitution;

3. Les privilèges parlementaires ont un statut constitutionnel inhérent qui découle de la nature même de l’institution et du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*; ou

4. L’exercice de privilèges parlementaires n’est pas visé par l’art. 32 de la *Charte*:

a) soit parce que l’assemblée législative n’est pas visée par les mots «législature» ou «gouvernement»;

b) soit parce que l’exercice de privilèges parlementaires n’est pas visé par l’expression «relevant de cette législature».

Je vais maintenant examiner chacun de ces arguments à tour de rôle.

Le premier argument comporte deux volets. Premièrement, il est allégué que les privilèges exercés par l’Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse et ses membres font partie de la constitution de la

alleged that the provincial constitution has been made part of the Constitution of Canada by virtue of s. 88 of the *Constitution Act, 1867*. The first step is clearly made out. In *Fielding v. Thomas*, *supra*, at pp. 610-11, the following statement was made:

It surely cannot be contended that the independence of the provincial legislatures from outside interference, its protection, and the protection of its members from insult while in the discharge of their duties, are not matters which may be classed as part of the constitution of the province, or that legislation on such matters would not be aptly and properly described as part of the constitutional law of the province.

The second step, however, is more problematic. The question of whether a provincial constitution is part of the Constitution of Canada is not free of difficulty. The term "Constitution of Canada" is defined in s. 52(2) of the *Constitution Act, 1982*. Professor Hogg has opined that, while the definition is exhaustive, s. 88 of the *Constitution Act, 1867* arguably incorporates by reference the pre-confederation constitutions of Nova Scotia and New Brunswick into the Constitution of Canada: see Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 1, at pp. 1-6 and 4-24.

However, there is reason to doubt Professor Hogg's conclusion that the provincial constitution of Nova Scotia is part of the Constitution of Canada within the meaning of s. 52(2). Professor Hogg has noted the curious result that is obtained in relation to the amending provisions of the Constitution if the provincial constitutions are found to be part of the Constitution of Canada: see Hogg, *supra*, at p. 4-24. This consideration, among others, led McEachern C.J.S.C. (as he then was) to find that the *Constitution Act* of British Columbia is not part of the Constitution of Canada: *Dixon v. British Columbia (Attorney General)* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 174. With respect to s. 88, its language speaks of continuing the constitution of the legislature of the province of Nova Scotia. How-

province. Deuxièmement, il est allégué que la constitution de la province est devenue partie intégrante de la Constitution du Canada en vertu de l'art. 88 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le premier volet se comprend facilement. Dans l'arrêt *Fielding c. Thomas*, précité, aux pp. 610 et 611, on peut lire ce qui suit:

[TRADUCTION] On ne saurait sûrement pas prétendre que l'indépendance de la législature provinciale par rapport à l'ingérence venant de l'extérieur, sa protection et la protection de ses membres contre les insultes dans l'exercice de leurs fonctions ne sont pas des questions qui peuvent être considérées comme faisant partie de la constitution de la province, ou qu'une loi sur ces questions ne serait pas décrite de façon adéquate et pertinente comme faisant partie du droit constitutionnel de la province.

Toutefois, le deuxième volet est plus problématique. La question de savoir si la constitution d'une province fait partie de la Constitution du Canada n'est pas sans créer de difficultés. L'expression «Constitution du Canada» est définie au par. 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon le professeur Hogg, bien que cette définition soit exhaustive, on pourrait soutenir que l'art. 88 de la *Loi constitutionnelle de 1867* incorpore par renvoi dans la Constitution du Canada les constitutions de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick antérieures à la Confédération: voir Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), vol. 1, aux pp. 1-6 et 4-24.

Il y a cependant des raisons de douter de la conclusion du professeur Hogg selon laquelle la Constitution de la Nouvelle-Écosse fait partie de la Constitution du Canada au sens du par. 52(2). Le professeur Hogg a remarqué le curieux résultat que l'on obtient, en ce qui concerne les dispositions modificatives de la Constitution, si l'on conclut que les constitutions provinciales font partie de la Constitution du Canada: voir Hogg, *op. cit.*, à la p. 4-24. Cette considération, notamment, a amené le juge en chef McEachern (alors Juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique) à conclure que la *Loi constitutionnelle* de la Colombie-Britannique ne fait pas partie de la Constitution du Canada: *Dixon c. British Columbia (Attorney General)* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 174. Quant à

ever, the continuance of a provincial constitution as contemplated by s. 88 is something quite different from giving it status as part of the Constitution of Canada. Glube C.J.T.D. has held that the Constitution of Nova Scotia is not part of the Constitution of Canada within the meaning of s. 52(2) of the *Constitution Act, 1982: MacLean v. Attorney-General of Nova Scotia* (1987), 35 D.L.R. (4th) 306 (N.S.S.C.T.D.), at p. 312.

All of this goes to point out the difficulty of deciding whether the constitution of the province of Nova Scotia is part of the Constitution of Canada. Given the importance of that question and my conclusion concerning s. 32 of the *Charter*, below, I do not need to finally determine this aspect of the case.

The second argument posed by the appellant and interveners in support of the appellant is as follows. They argue that the preamble of the *Constitution Act, 1867* in referring to "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom" incorporates art. 9 of the English *Bill of Rights* of 1689, and thereby incorporates the privileges of legislative bodies. I do not think that the wording of the preamble of the *Constitution Act, 1867* can be taken to refer to so specific an article of the Constitution of the United Kingdom. While the Constitution of Canada is undoubtedly founded upon many of the same broad principles as is the Constitution of the United Kingdom, the two are far from identical. Article 9 cannot be directly transplanted without specific reference. The historical review undertaken in the preceding section makes clear that the different paths of evolution of government in the two jurisdictions led to significant differences in the branches of government themselves from the very beginning. And there is no question that in recent years we have diverged further still with the patriation of Canada's Constitution in 1982. Similar in principle does not mean identical in the powers it grants.

l'art. 88, on y parle du maintien de la constitution de la législature de la province de la Nouvelle-Écosse. Toutefois, le maintien de la constitution d'une province, envisagé par l'art. 88, n'équivaut nullement à dire qu'elle fait partie de la Constitution du Canada. Le juge en chef Glube de la Section de première instance a conclu que la Constitution de la Nouvelle-Écosse ne fait pas partie de la Constitution du Canada au sens du par. 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982: MacLean c. Attorney-General of Nova Scotia* (1987), 35 D.L.R. (4th) 306 (C.S.N.-É. 1^{re} inst.), à la p. 312.

Tout cela montre combien il est difficile de décider si la constitution de la province de la Nouvelle-Écosse fait partie de la Constitution du Canada. Vu l'importance de cette question et la conclusion que je tire plus loin en ce qui concerne l'art. 32 de la *Charte*, je n'ai pas à trancher de manière définitive cet aspect de l'affaire.

Le deuxième argument invoqué par l'appellant et par les intervenants en sa faveur est le suivant. Ils soutiennent que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, en faisant référence à «une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni» incorpore l'art. 9 du *Bill of Rights* anglais de 1689 et, de ce fait, les privilèges des corps législatifs. Je ne crois pas que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* puisse être considéré comme se reportant à un article aussi précis de la Constitution du Royaume-Uni. Bien que la Constitution du Canada repose sans aucun doute, dans une large mesure, sur les mêmes grands principes que la Constitution du Royaume-Uni, les deux sont loin d'être identiques. L'article 9 ne peut pas être transplanté directement sans mention précise. L'examen historique entrepris dans la partie précédente vient préciser que les différentes voies de l'évolution du gouvernement des deux pays ont, dès le début, entraîné des différences importantes dans les branches de gouvernement elles-mêmes. En outre, il ne fait aucun doute qu'au cours des dernières années, nous avons divergé encore plus en raison du rapatriement de la Constitution du Canada en 1982. Être semblable en principe ne signifie pas être identique quant aux pouvoirs accordés.

The third argument posed is similar to the second but takes a more tenable form. The appellant and interveners in support of the appellant argue that parliamentary privileges have an inherent constitutional status which is derived from the very nature of legislative bodies and from the preamble of the *Constitution Act, 1867*. It is clear that the privileges inherent in legislative bodies are fundamental to our system of government. While we do not share the turbulent history of the United Kingdom with respect to the relationships between the different branches of government, there is no question that the maintenance of the independence of the different branches from one another is necessary to their proper functioning.

Historically, the courts have been careful to respect the independence of the legislative process just as legislators have been careful to protect the independence of the judiciary. In *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at p. 72, Dickson C.J. said the following:

The preamble to the *Constitution Act, 1867* states that Canada is to have a Constitution "similar in Principle to that of the United Kingdom". Since judicial independence has been for centuries an important principle of the Constitution of the United Kingdom, it is fair to infer that it was transferred to Canada by the constitutional language of the preamble.

There is a clear parallel between the doctrines of independence of the judiciary and of parliamentary privilege as the latter is the means by which the Houses of Parliament protect their independence. In Canada, it is through the exercise of the privileges inherent in all legislative bodies that the provincial Houses of Assembly are able to control their own proceedings and thereby maintain the independence of the legislative process. To incorporate by way of the preamble the broad principle of the fostering of the independence of the legislative process through the exercise of parliamentary privileges is much more palatable than incorporating a specific article of the *Bill of Rights* of 1689.

I am not sure, however, that this argument can be taken so far as to grant parliamentary privileges

Le troisième argument avancé est analogue au deuxième mais peut mieux se défendre. L'appelant et les intervenants en sa faveur soutiennent que les privilèges parlementaires ont un statut constitutionnel inhérent qui découle de la nature même des corps législatifs et du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est manifeste que les privilèges inhérents aux corps législatifs sont essentiels à notre système de gouvernement. Bien que notre histoire ne soit pas aussi turbulente que celle du Royaume-Uni en ce qui concerne les relations entre les différentes branches du gouvernement, il ne fait pas de doute que le maintien de l'indépendance de ces différentes branches l'une par rapport à l'autre est nécessaire à leur bon fonctionnement.

Historiquement, les tribunaux ont pris soin de respecter l'indépendance du processus législatif tout comme les législateurs ont pris soin de protéger l'indépendance de la magistrature. Dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, à la p. 72, le juge en chef Dickson affirme ceci:

Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* établit que le Canada doit avoir une constitution «reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni». Étant donné que l'indépendance judiciaire est depuis des siècles un principe important de la Constitution du Royaume-Uni, on peut à juste titre déduire que ce principe a été transféré au Canada par le texte constitutionnel du préambule.

Il y a un parallèle évident entre la théorie de l'indépendance judiciaire et celle du privilège parlementaire, étant donné que cette dernière est le moyen par lequel les chambres du Parlement protègent leur indépendance. Au Canada, c'est grâce à l'exercice des privilèges inhérents à tous les corps législatifs que les assemblées législatives provinciales peuvent contrôler leurs propres débats et préserver ainsi l'indépendance du processus législatif. Il est beaucoup plus acceptable d'incorporer au moyen du préambule le principe général de la promotion de l'indépendance du processus législatif par l'exercice de privilèges parlementaires que d'incorporer un article précis du *Bill of Rights* de 1689.

Je ne suis toutefois pas certain que cet argument puisse être poussé jusqu'au point d'accorder aux

a constitutional status which is on the same footing as the *Charter*. The *Charter* is a part of an evolution of our Constitution which culminated in the supremacy of a definitive written constitution. Given this, I would be reluctant to import unexpressed concepts into the Constitution in a way that would evade scrutiny under the express guarantees of the *Charter*. If, as some of the interveners contend, s. 18 of the *Constitution Act, 1867* entrenched the parliamentary privileges of the House of Commons, my conclusion on this point might be different. However, as I read s. 18, it does not entrench the parliamentary privileges of the House of Commons; rather, it entrenches the power of Parliament to legislate those privileges for itself in the same way that s. 45 of the *Constitution Act, 1982* entrenches the power of the provincial legislatures to legislate their own privileges by way of amendments to their constitutions.

I concur with McLachlin J.'s assessment of the long tradition and great importance of these privileges. I agree with her that "[t]raditionally, each branch of government has enjoyed autonomy in how it conducts its affairs" (p. 389). I further agree that this case raises the question of whether "the *Charter* not only removed from the legislative bodies the right to pass whatever laws they might choose to adopt, but that it removed the longstanding constitutional right of Parliament and the legislative assemblies to exclude strangers, subjecting the determination by the Speaker of what is disruptive of the operation of the Assembly to the superior review of the courts" (p. 389). However, given the conclusions I arrive at below, regarding s. 32 of the *Charter*, I do not find it necessary to determine whether the above analysis could grant the privileges of provincial Houses of Assembly constitutional status which would make them immune to *Charter* review.

I turn, then, to the fourth argument raised by the appellant, that the exercise of parliamentary privi-

privileges parlementaires un statut constitutionnel équivalent à celui de la *Charte*. La *Charte* fait partie d'une évolution de notre Constitution qui a abouti à la suprématie d'une constitution écrite définitive. Compte tenu de cela, j'hésiterais à voir dans la Constitution des notions inexprimées de manière à échapper à l'examen fondé sur les garanties expresses de la *Charte*. Si, comme le prétendent certains intervenants, l'art. 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* consacrait les privilèges parlementaires de la Chambre des communes, ma conclusion sur ce point pourrait être différente. Cependant, selon la façon dont je l'interprète, l'art. 18 consacre non pas les privilèges parlementaires de la Chambre des communes, mais plutôt le pouvoir du Parlement d'adopter des lois lui accordant ces privilèges de la même façon que l'art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* consacre le pouvoir des législatures provinciales d'adopter des lois leur accordant leurs propres privilèges au moyen de modifications à leurs constitutions respectives.

Je souscris à l'appréciation que le juge McLachlin fait de la longue tradition et de la grande importance de tels privilèges. Comme elle, je crois que «[t]raditionnellement, chaque branche du gouvernement a joui d'une autonomie dans la façon de conduire ses affaires» (p. 389). Je conviens également qu'en l'espèce se pose la question de savoir si «la *Charte* a non seulement enlevé aux corps législatifs le droit d'adopter les lois qu'ils désirent, mais aussi [si] elle a éliminé le droit constitutionnel que le Parlement et les assemblées législatives possèdent depuis longtemps d'exclure des étrangers et d'assujettir au contrôle supérieur des tribunaux la décision du président quant à ce qui gêne le fonctionnement de l'Assemblée» (p. 389). Toutefois, vu les conclusions auxquelles j'arrive plus loin au sujet de l'art. 32 de la *Charte*, je n'estime pas nécessaire de déterminer si l'analyse qui précède pourrait conférer aux privilèges des assemblées législatives provinciales un statut constitutionnel qui les soustrairait à un examen fondé sur la *Charte*.

Je passe donc au quatrième argument soulevé par l'appellant, selon lequel l'exercice de privilèges

leges is not covered by s. 32. This argument is two-fold: first, that the House of Assembly is neither legislature nor government; and, second, that the exercise of parliamentary privileges ought not to fall within the phrase "matters within the authority of the legislature". The first part of this argument is very strong on the actual text of s. 32. It refers only to the "legislature and government" and, as submitted by the appellant, the House of Assembly is neither legislature nor government properly speaking. The House of Assembly is a component of the legislature but only together with the Lieutenant Governor does it comprise the legislature. As pointed out earlier, this is more than a semantic difference in the context of the exercise of parliamentary privileges. The legislature as a whole cannot exercise parliamentary privileges as those privileges are held by the members of the Assembly, individually or collectively, against the Lieutenant Governor in his or her capacity as the Crown's representative.

It is argued by the respondent that to interpret s. 32 in this way is overly technical and, as such, is contrary to the purposive spirit in which such interpretation ought to be undertaken. This argument must be carefully considered in the context of this Court's previous pronouncements on the application of the *Charter* pursuant to s. 32. In *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, it was determined that application of the *Charter* is confined to government action. There McIntyre J. stated: "It is my view that s. 32 of the *Charter* specifies the actors to whom the *Charter* will apply. They are the legislative, executive and administrative branches of government" (p. 598). He held this limitation on the application of the *Charter* to be in accord with the broad purpose of the *Charter* in that (at p. 593):

... the *Charter*, like most written constitutions, was set up to regulate the relationship between the individual and the Government. It was intended to restrain government action and to protect the individual.

parlementaires n'est pas visé par l'art. 32. Cet argument est double: premièrement, l'assemblée législative n'est ni une législature ni un gouvernement, et, deuxièmement, l'exercice de privilèges parlementaires ne devrait pas être visé par l'expression «domaines relevant de cette législature». La première partie de cet argument est très convaincante en ce qui concerne le texte même de l'art. 32. Il y est question seulement de la «législature et [du] gouvernement» et, comme l'a soutenu l'appellant, l'assemblée législative n'est ni une législature ni un gouvernement à proprement parler. L'assemblée législative est une composante de la législature, car c'est seulement avec le lieutenant-gouverneur qu'elle forme la législature. Comme je l'ai déjà souligné, c'est plus qu'une différence sémantique dans le contexte de l'exercice de privilèges parlementaires. La législature dans son ensemble ne peut pas exercer de privilèges parlementaires puisque les membres de l'Assemblée, pris individuellement ou collectivement, détiennent ces privilèges vis-à-vis du lieutenant-gouverneur en sa qualité de représentant de la Couronne.

L'intimée allègue que cette interprétation de l'art. 32 est trop technique et, comme telle, contraire à l'esprit dans lequel une telle interprétation devrait être entreprise. Cet argument doit être examiné soigneusement dans le contexte des jugements déjà prononcés par notre Cour au sujet de l'application de la *Charte* en conformité avec l'art. 32. Dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, il a été décidé que l'application de la *Charte* se restreint à l'action gouvernementale. Le juge McIntyre y dit: «J'estime donc que l'art. 32 de la *Charte* mentionne de façon précise les acteurs auxquels s'applique la *Charte*. Il s'agit des branches législative, exécutive et administrative» (p. 598). Il a conclu que cette limite à l'application de la *Charte* était conforme au but général de la *Charte* en ce sens que (à la p. 593):

... la *Charte*, comme la plupart des constitutions écrites, a été créée pour régir les rapports entre les particuliers et le gouvernement. Elle vise à imposer des restrictions à l'action du gouvernement et à protéger les particuliers.

The focus of discussion then became just what the term “government” in s. 32 encompasses. McIntyre J. went on to say at p. 598:

... where the word “government” is used in s. 32 it refers not to government in its generic sense—meaning the whole of the governmental apparatus of the state—but to a branch of government. The word “government”, following as it does the words “Parliament” and “Legislature”, must then, it would seem, refer to the executive or administrative branch of government.

Subsequently, in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, and *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, this Court was called upon to determine whether a university and a hospital, in the factual contexts of those cases, fell within s. 32 as comprising a part of government. In both cases, the decisions of the majority were based on the fact that, in the words of La Forest J. in *McKinney*, at p. 261: “[T]he Charter is essentially an instrument for checking the powers of government over the individual”.

In arriving at conclusions on the scope of the term “government” in the above decisions, this Court was assisted by an extensive array of academic opinion on the issue. See, for example, K. Swinton, “Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms”, in W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (1982), 41; A. A. McLelland and B. P. Elman, “To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32” (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361; D. Gibson, “Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of “Government” under Section 32(1) of the Charter” (1983), 13 *Man. L.J.* 505; and R. Tassé, “À qui incombe l’obligation de respecter les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*?”, in G.-A. Beaudoin, ed., *Your Clients and the Charter—Liberty and Equality* (1987), 35. The same attention has not been devoted to the scope of the term “legislature”. Its scope has been regarded as largely self-evident.

Le débat a alors porté précisément sur ce que comprend le mot «gouvernement» utilisé à l’art. 32. Le juge McIntyre a ensuite affirmé, à la p. 598:

... le terme «gouvernement» utilisé à l’art. 32 désigne non pas le gouvernement au sens général—c’est-à-dire au sens de l’ensemble de l’appareil gouvernemental de l’État—mais plutôt une branche de gouvernement. Le terme «gouvernement», qui suit les termes «Parlement» et «législature», doit alors, semble-t-il, désigner la branche exécutive ou administrative du gouvernement.

Ultérieurement, dans les arrêts *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, et *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, on a demandé à notre Cour de déterminer si une université et un hôpital, selon les faits en présence dans ces affaires, étaient visés par l’art. 32, comme faisant partie du gouvernement. Dans les deux cas, les opinions majoritaires reposaient sur le fait que, pour reprendre les termes utilisés par le juge La Forest, dans l’arrêt *McKinney*, à la p. 261, «la Charte est essentiellement un instrument de contrôle des pouvoirs du gouvernement sur le particulier».

Pour tirer des conclusions sur la portée du terme «gouvernement» dans les arrêts précités, notre Cour s’est aidée de toute une gamme d’opinions d’universitaires sur la question. Voir, par exemple, K. Swinton, «Application de la Charte canadienne des droits et libertés», dans G.-A. Beaudoin et W. S. Tarnopolsky, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), 49; A. A. McLelland et B. P. Elman, «To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32» (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361; D. Gibson, «Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of “Government” under Section 32(1) of the Charter» (1983), 13 *Man. L.J.* 505, et R. Tassé, «À qui incombe l’obligation de respecter les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*?», dans G.-A. Beaudoin, dir., *Vos clients et la Charte—Liberté et égalité* (1987), 35. On n’a pas accordé la même attention à la portée du terme «législature». Cette portée a été considérée comme étant largement évidente en soi.

However, in determining whether the term “legislature” encompasses the legislatures’ component parts individually as well as the legislature properly constituted, we must engage in a purposive analysis. This analysis places the specific section or sections to be interpreted in their “proper linguistic, philosophic and historical contexts”: see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, *per* Dickson J. (as he then was). These contexts, in my opinion, are of special importance when one is engaged, as here, in the interpretation of s. 32 which describes not a specific guaranteed right or freedom, but rather the settings in which the guarantees of these rights and freedoms operate.

The constitutional traditions which have been reviewed clearly have an impact on whether s. 32 is interpreted to encompass the exercise of privilege by members of legislative assemblies. In *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 394, McIntyre J. stated:

It follows that while a liberal and not overly legalistic approach should be taken to constitutional interpretation, the *Charter* should not be regarded as an empty vessel to be filled with whatever meaning we might wish from time to time. The interpretation of the *Charter*, as of all constitutional documents, is constrained by the language, structure, and history of the constitutional text, by constitutional tradition, and by the history, traditions, and underlying philosophies of our society.

How might the legislature exert its power over individuals in a way which potentially calls for *Charter* review? In *Dolphin Delivery*, *supra*, at p. 599, McIntyre J. expressed the opinion that: “[L]egislation is the only way in which a legislature may infringe a guaranteed right or freedom”. This statement was repeated and approved by La Forest J. in *McKinney*, at p. 263. If this is the case, it would seem that the broad purpose of the *Charter* does not require a broader interpretation of the term “legislature” than that outlined above, that is,

Toutefois, pour déterminer si le terme «législature» comprend les parties composantes des législatures prises individuellement ainsi que la législature régulièrement constituée, nous devons nous lancer dans une analyse fondée sur l’objet visé. Cette analyse situe le ou les articles précis à interpréter dans leurs «contextes linguistique, philosophique et historique appropriés»: voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, le juge Dickson (plus tard Juge en chef). Ces contextes ont, à mon avis, une importance spéciale lorsque l’on s’engage, comme en l’espèce, dans l’interprétation de l’art. 32 qui décrit non pas un droit précis ou une liberté précise qui sont garantis mais plutôt le cadre dans lequel s’appliquent les garanties relatives à ces droits et libertés.

Les traditions constitutionnelles examinées ont clairement un effet sur la question de savoir si l’art. 32 est interprété de manière à englober l’exercice d’un privilège par les membres d’une assemblée législative. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 394, le juge McIntyre affirme:

Il s’ensuit que, bien qu’il faille adopter une attitude libérale et pas trop formaliste en matière d’interprétation constitutionnelle, la *Charte* ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n’importe quelle interprétation qu’on pourrait vouloir lui donner. L’interprétation de la *Charte*, comme celle de tout document constitutionnel, est circonscrite par la formulation, la structure et l’historique du texte constitutionnel, par la tradition constitutionnelle et par l’histoire, les traditions et les philosophies inhérentes de notre société.

Comment la législature pourrait-elle exercer son pouvoir sur les particuliers d’une façon qui peut nécessiter un examen fondé sur la *Charte*? Dans l’arrêt *Dolphin Delivery*, précité, à la p. 599, le juge McIntyre a exprimé l’opinion selon laquelle «ce n’est que dans sa législation qu’une législature peut porter atteinte à une liberté ou un droit garantis». Cet énoncé a été repris et approuvé par le juge La Forest dans l’arrêt *McKinney*, à la p. 263. Si c’est le cas, il semblerait que le but général de la *Charte* n’exige pas une interprétation plus large du

the legislature properly constituted and not its component parts acting individually.

The respondent alleges, however, that the House of Assembly may infringe a guaranteed right or freedom through the exercise by its members of their parliamentary privileges. Thus, it contends that the legislative process as well as the legislative product ought to be subject to *Charter* review. Here, though, we return squarely to the above quoted passage from *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*. The *Charter* cannot be interpreted in isolation from the history and traditions of our Constitution and our society. As elaborated in detail earlier in this judgment, the courts have long maintained a “hands off” approach to the exercise of parliamentary privilege, particularly when it is directed toward maintaining control of the internal proceedings of the House. This approach fosters the independence of the legislative and judicial branches of our government from one another. As Iacobucci C.J. (as he then was) pointed out in a different context, “. . . the review of parliamentary proceedings is not a matter to be taken lightly given the history of curial deference to Parliament and respect for the legislative branch of government generally”: *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465 (C.A.), at p. 478.

In my opinion, when one examines “the language, structure, and history of the constitutional text”, “constitutional tradition” and “the history and traditions of our society”, it is clear that s. 32 of the *Charter* does not extend the operation of s. 2 of the *Charter* to the exercise by the members of the House of their inherent privileges.

The language and structure of the text strongly, although by no means, unambiguously, support this view. Section 32 refers to the “legislature”, which strictly speaking, means the body capable of enacting legislation, i.e., the House of Assembly

terme «législature» que celle exposée ci-dessus, c'est-à-dire la législature régulièrement constituée et non pas ses parties composantes prises individuellement.

L'intimée soutient, cependant, que l'assemblée législative peut violer un droit ou une liberté garantis par le biais de l'exercice, par ses membres, de leurs privilèges parlementaires. Ainsi, elle prétend que le processus législatif et les mesures législatives devraient être assujettis à un examen fondé sur la *Charte*. Ici, pourtant, nous revenons carrément à l'extrait précité du *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*. La *Charte* ne saurait être interprétée sans tenir compte de l'historique et des traditions de notre Constitution et de notre société. Comme nous l'avons déjà expliqué en détail dans les présents motifs, les tribunaux ont depuis longtemps maintenu une attitude de non-intervention à l'égard de l'exercice d'un privilège parlementaire, particulièrement lorsque celui-ci vise à garder le contrôle des débats internes de l'Assemblée. Cette attitude favorise l'indépendance des branches législative et judiciaire de notre gouvernement l'une par rapport à l'autre. Comme le juge en chef Iacobucci (maintenant juge de notre Cour) l'a souligné dans un contexte différent, «. . . le contrôle des travaux du Parlement ne doit pas être pris à la légère étant donné la déférence qu'ont toujours manifestée les cours de justice envers le Parlement et le respect dû au pouvoir législatif en général»: *Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465 (C.A.), à la p. 478.

À mon avis, lorsqu'on examine «la formulation, la structure et l'historique du texte constitutionnel», la «tradition constitutionnelle» et «l'histoire [et] les traditions [. . .] de notre société», il est clair que l'art. 32 de la *Charte* n'assujettit pas à l'application de l'art. 2 de la *Charte* l'exercice, par les membres de l'Assemblée, de leurs privilèges inhérents.

Cette opinion est fermement appuyée, sans toutefois l'être de manière non équivoque, par la formulation et la structure du texte. L'article 32 mentionne la «législature» qui, à vrai dire, désigne l'organisme ayant la capacité de légiférer, c'est-à-

and the Lieutenant Governor. Moreover, s. 32 specifically refers to “all matters within the authority of the legislature”. This is the language of legislation and is a clear reference to legislative authority under, for example, s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. It will be remembered that s. 92 begins with the words, “[i]n each Province the Legislature may exclusively make Laws . . .”. This tends to reinforce the view that “legislature” in s. 32 should, in general, refer to the body which enacts legislation, i.e., the House with the Lieutenant Governor.

This interpretation is strengthened by s. 33 of the *Charter*. Section 33(1) gives the power to the legislature of a province to “expressly declare in an Act of the . . . legislature” that an Act shall operate notwithstanding a provision included in s. 2 or ss. 7 to 15 of this *Charter*. Similarly, s. 33(4) links the word “legislature” and the word “re-enact”, once again emphasizing that the term “legislature” is referring to the body exercising legislative authority.

The overall structure of the constitutional text is also supportive of my conclusion with respect to s. 32. The distinction between the legislature and its component parts is observed with reasonable consistency in the *Constitution Act, 1867*. As pointed out by McLachlin J., s. 17 refers to “Parliament” consisting of the “Queen”, the “Senate” and the “House of Commons”. Where privileges are referred to in s. 18, the terms employed are the “Senate” and the “House of Commons”. There are, of course, numerous provisions applicable only to the Senate or the House of Commons (see, e.g., ss. 21 to 36 respecting the Senate, and ss. 37 through 52 concerning the House of Commons). Section 69 refers to the “Legislature for Ontario consisting of the Lieutenant Governor, and of One House, styled the Legislative Assembly of Ontario”. These usages and definitions support my conclusion that the term “legislature” in s. 32 does not, in general, include the House of Assembly itself because the constitutional text generally differenti-

dire l’assemblée législative et le lieutenant-gouverneur. En outre, l’art. 32 mentionne précisément «tous les domaines relevant de cette législature». Cette phrase, tirée du texte législatif, renvoie clairement à la compétence législative prévue, par exemple, à l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. On se souviendra que l’art. 92 commence par les mots «[d]ans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer . . .», ce qui tend à étayer le point de vue selon lequel le terme «législature», à l’art. 32, devrait en général désigner l’organisme qui légifère, c’est-à-dire l’Assemblée avec le lieutenant-gouverneur.

Cette interprétation est renforcée par l’art. 33 de la *Charte*. Le paragraphe 33(1) habilite la législature d’une province à «adopter une loi» où il est expressément déclaré que celle-ci a «effet indépendamment d’une disposition donnée de l’article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte». De même, le par. 33(4) rattache le mot «législature» au verbe «adopter de nouveau», ce qui souligne encore une fois que le terme «législature» renvoie à l’organisme qui exerce une compétence législative.

La structure globale du texte constitutionnel vient également étayer ma conclusion à l’égard de l’art. 32. On observe, de façon raisonnablement constante, dans la *Loi constitutionnelle de 1867* une distinction entre la législature et ses parties composantes. Comme l’a souligné le juge McLachlin, l’art. 17 parle du «Parlement» composé de la «Reine», du «Sénat» et de la «Chambre des communes». Lorsque l’article 18 mentionne les privilèges, les termes employés sont «Sénat» et «Chambre des communes». Évidemment, de nombreuses dispositions ne s’appliquent qu’au Sénat ou à la Chambre des communes (voir, par exemple, les art. 21 à 36 concernant le Sénat et les art. 37 à 52 concernant la Chambre des communes). L’article 69 prévoit «pour l’Ontario, une législature composée du lieutenant-gouverneur et d’une seule chambre, appelée l’Assemblée législative de l’Ontario». Ces emplois et définitions étayaient ma conclusion qu’en général le terme «législature» utilisé à l’art. 32 ne comprend pas l’assemblée législative

ates between the federal or provincial legislatures and their component parts.

It is also worth noting the language employed in the amending provisions set out in Part V of the *Constitution Act, 1982*. This is particularly relevant given that these provisions were enacted at the same time as the *Charter*. If one examines Part V, dealing with the procedure for amending the Constitution of Canada, one sees references throughout to “resolutions of the Senate and House of Commons” and “resolutions of the legislative assemblies” (see, e.g., s. 38(1)), thereby distinguishing between resolutions of the House and enactments of the legislature.

To sum up the argument thus far, there are strong literal and textual reasons to conclude that the term “legislature” used in s. 32 of the *Charter* refers in general only to the body exercising legislative power, in this case the House of Assembly with the Lieutenant Governor, and not to its constituent parts individually.

There are at least three sections of the *Charter* that, at first blush, cast some doubt on this interpretation. McLachlin J. refers to s. 5 of the *Charter*, which provides that “[t]here shall be a sitting of Parliament and of each legislature at least once every twelve months”. She points out that the legislature is called to sit by the Speaker giving notice to the members, that the action is purely internal to the legislative body, and that the Queen’s representative has no role to play. Thus, she concludes the word “legislature” refers to actions which are exclusively those of the House alone and to which this section of the *Charter* must apply.

The same may be said of ss. 17 and 18 of the *Charter*. Section 17, referring to the right to use English or French in debate, uses the word Parliament and s. 17(2), referring to the same right in the legislative assembly of New Brunswick, uses the term “legislature of New Brunswick”. Section 18 uses the same language to refer to the “statutes,

elle-même puisque le texte constitutionnel établit généralement une distinction entre les législatures fédérale ou provinciales et leurs parties composantes.

a

Il vaut également la peine de remarquer le texte des dispositions en matière de modification énoncées à la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cela est d’autant plus important que ces dispositions ont été adoptées en même temps que la *Charte*. Si on examine la partie V, qui porte sur la procédure de modification de la Constitution du Canada, on remarque des renvois constants aux «résolutions du Sénat et de la Chambre des communes» et aux «résolutions des assemblées législatives» (voir, par exemple, le par. 38(1)), ce qui a pour effet d’établir une distinction entre les résolutions de la Chambre et les lois adoptées par la législature.

b

En résumé, il y a de fortes raisons, sur les plans littéral et textuel, de conclure que le terme «législature» utilisé à l’art. 32 de la *Charte* ne renvoie en général qu’à l’organisme exerçant une compétence législative, soit, en l’espèce, l’assemblée législative avec le lieutenant-gouverneur, et non pas à ses parties composantes prises individuellement.

c

Au moins trois articles de la *Charte* laissent, à première vue, planer un doute sur une telle interprétation. Le juge McLachlin mentionne l’art. 5 de la *Charte* qui prévoit que «[l]e Parlement et les législatures tiennent une séance au moins une fois tous les douze mois». Elle souligne que la législature est appelée à siéger par le président, qui avise les députés, que le geste est purement interne pour l’organisme législatif et que le représentant de la Reine n’a aucun rôle à jouer. Ainsi, conclut-elle, le mot «législature» renvoie aux actions que seule la Chambre peut accomplir et auxquelles cet article de la *Charte* doit s’appliquer.

d

e

f

On peut dire la même chose des art. 17 et 18 de la *Charte*. L’article 17, qui mentionne le droit d’employer le français ou l’anglais dans les débats, utilise le mot Parlement, et le par. 17(2), qui mentionne le même droit au sein de l’Assemblée législative du Nouveau-Brunswick, utilise le terme «Législature du Nouveau-Brunswick». L’article 18

g

h

i

j

records and journals” of Parliament and the legislature of New Brunswick. Section 17 uses the term “legislature” to refer to the Assembly, while s. 18 uses the word “legislature” to refer to both the legislature proper (i.e., the body that enacts statutes) and the Assembly (i.e., the body that keeps a “journal”).

While these examples show that usage is not completely consistent, they by no means take away from the general rule that “legislature” in s. 32 means the body that enacts legislation. It must be observed that there is no single meaning of the term “legislature” which can be applied to both s. 33 on the one hand, and ss. 5, 17 and 18 on the other. Indeed, there is no single interpretation of the word “legislature” that can be used with complete precision within s. 18 itself. In s. 33, “legislature” clearly means the body capable of enacting legislation, whereas in ss. 5 and 17, the context makes it clear that it is the House itself that is intended. Section 18 refers to the “statutes, records and journals” of the legislature. But, strictly speaking, the “legislature” enacts “statutes” whereas the “Assembly” keeps a “journal”. This lack of perfectly consistent usage is not surprising given the nature of these documents and particularly their attempt to set out in relatively few words concepts which are historically charged with meaning. It also underlines the point that, in interpreting these provisions, very careful attention must be paid to the contextual and purposive considerations outlined earlier in these reasons.

In this regard, there are particular historical and structural considerations that must be borne in mind with respect to ss. 5, 17 and 18 of the *Charter*. These sections are extensions of provisions originally found in the *British North America Act, 1867*. In the case of s. 5, it is modeled on the now repealed s. 20 of the *British North America Act, 1867*. That section referred to there being a session

utilise les mêmes mots concernant les «lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux» du Parlement et de la Législature du Nouveau-Brunswick. L'article 17 utilise le terme «Législature» pour désigner l'Assemblée, tandis que l'art. 18 utilise le mot «Législature» pour désigner à la fois la législature proprement dite (c'est-à-dire l'organisme qui adopte des lois) et l'Assemblée (l'organisme qui dresse des «comptes rendus» et des «procès-verbaux»).

Si ces exemples montrent que l'emploi n'est pas tout à fait uniforme, ils ne dérogent en rien à la règle générale selon laquelle le terme «législature», à l'art. 32, désigne l'organisme qui légifère. Il faut noter que le terme «législature» ne possède pas un sens unique applicable à la fois à l'art. 33, d'une part, et aux art. 5, 17 et 18, d'autre part. En fait, aucune interprétation unique du terme «législature» ne peut être utilisée avec une précision absolue à l'art. 18 lui-même. À l'article 33, le mot «législature» désigne clairement l'organisme ayant la capacité de légiférer, alors qu'aux art. 5 et 17 le contexte démontre clairement que c'est l'Assemblée elle-même qui est visée. L'article 18 mentionne les «lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux» de la législature. Mais, à vrai dire, la «législature» adopte des «lois», tandis que l'Assemblée dresse des «comptes rendus» et des «procès-verbaux». Ce manque d'uniformité n'est pas étonnant compte tenu de la nature de ces documents et particulièrement de leur tentative d'énoncer assez succinctement des concepts qui sont historiquement lourds de sens. Il fait également ressortir la nécessité, dans l'interprétation de ces dispositions, de prêter une attention toute particulière aux considérations contextuelles et à celles relatives à l'objet visé, qui sont déjà soulignées dans les présents motifs.

À cet égard, il faut garder à l'esprit, en ce qui concerne les art. 5, 17 et 18 de la *Charte*, des considérations historiques et structurales particulières. Ces articles sont le prolongement des dispositions originales de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867*. Quant à l'art. 5, il s'inspire de l'art. 20 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867*, maintenant abrogé. Cet article pré-

of the Parliament of Canada, and of course, the use of the term "Parliament of Canada" was convenient given the requirement to include both the Senate and the House of Commons. The use of the words "session" and "sitting" in that section also made the intention to refer only to the House and the Senate quite clear even though the word used, i.e., "Parliament" was not strictly correct.

With respect to ss. 17 and 18, they are modeled on the original s. 133, which rather interestingly, provided: "Either the English or the French Language may be used by any Person in the Debates of the Houses of the Parliament of Canada and of the Houses of the Legislature of Quebec", and further that "[t]he Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec shall be printed and published in both Languages". The original section clearly distinguished between "proceedings before the House" and "enactments of the legislature", but this clarity was lost in the updated versions.

Sections 5, 17 and 18 are found in areas of the *Charter* which are excluded from the override provisions of s. 33 of the *Charter*. This suggests that they are in a different category than the rights contained in ss. 2 and 7 through 15, and may explain, if not entirely excuse, the inconsistency in the use of language between these sections and other places in the *Charter* and the *Constitution Act* generally.

To summarize, the language, structure and history of the constitutional text are strongly suggestive of the conclusion that the word "legislature" in s. 32 in general means the body capable of enacting legislation and not its component parts taken individually. There are certain provisions in the *Charter*, notably ss. 5, 17 and 18, in relation to which the specific context requires a different meaning. However, this case concerns whether the rights guaranteed by s. 2 of the *Charter* apply to the House of Assembly and I conclude that s. 32, properly interpreted, makes it clear that they do not.

voyait la tenue d'une session du Parlement du Canada et, par conséquent, l'emploi de l'expression «Parlement du Canada» était évidemment utile en raison de l'obligation d'inclure à la fois le Sénat et la Chambre des communes. L'emploi des mots «session» et «séance» dans cet article traduisait aussi très clairement l'intention du législateur de ne mentionner que la Chambre et le Sénat, bien que le terme utilisé, soit «Parlement», n'était pas à strictement parler juste.

Quant aux art. 17 et 18, ils s'inspirent de l'art. 133 initial qui, fait plutôt intéressant, prévoyait que «[d]ans les chambres du Parlement du Canada et les chambres de la Législature du Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif», et que «[l]es lois du Parlement du Canada et de la Législature du Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues». L'article original établissait une nette distinction entre les «travaux de la Chambre» et les «lois adoptées par la législature», clarté qui ne se retrouve pas dans les mises à jour.

Les articles 5, 17 et 18 figurent dans les parties de la *Charte* qui sont exclues de l'application des dispositions dérogatoires de l'art. 33 de la *Charte*. Cela donne à penser qu'ils ne font pas partie de la même catégorie que les droits contenus aux art. 2 et 7 à 15 et peut expliquer, sinon entièrement excuser, le manque d'uniformité entre la formulation de ces articles et celle d'autres articles de la *Charte* et de la *Loi constitutionnelle* en général.

En résumé, la formulation, la structure et l'histoire du texte constitutionnel donnent fortement à penser que le terme «législature» utilisé à l'art. 32 désigne en général l'organisme ayant la capacité de légiférer et non pas ses parties composantes prises individuellement. Le contexte particulier de certaines dispositions de la *Charte*, notamment les art. 5, 17 et 18, commande un sens différent. Toutefois, en l'espèce, il s'agit de savoir si les droits garantis par l'art. 2 de la *Charte* s'appliquent à l'assemblée législative et je conclus qu'une interprétation juste de l'art. 32 permet nettement de répondre par la négative.

This conclusion is strongly reinforced by resort to constitutional tradition and the history and traditions of our society. The place and importance of legislative privileges in our political life and the long-standing practice of judicial non-interference have been reviewed at length earlier in these reasons. These considerations, to my mind, resolve any residual ambiguity concerning the interpretation of s. 32 as it relates to the application to the House of the rights guaranteed under s. 2 of the *Charter*.

The respondent contend that, regardless of whether the legislative process is subject to *Charter* review, privileges are clearly "matters within the authority of the legislatures of each province". There is no doubt that this is true in the sense that the provincial legislatures have the power to legislate in relation to privileges. The legislation that the provinces have enacted with respect to privileges will be reviewable under the *Charter* as is all other legislation. However, it does not follow that the exercise by members of the House of Assembly of their inherent privileges, which are not dependent on statute for their existence, is subject to *Charter* review.

In this case the respondent did not argue that the privilege used to prohibit the independent use of video cameras in the House was in excess of inherent privilege. Given the long-standing acceptance of the power to exclude strangers and to control the internal proceedings of the House as valid categories of privilege founded on necessity, in this country as well as in the United Kingdom (see, for example, *Payson v. Hubert* (1904), 34 S.C.R. 400), that argument would be difficult to make:

I conclude that the exercise of their inherent privileges by members of the Nova Scotia House of Assembly is not subject to *Charter* review under s. 2 as the House of Assembly does not fit within the terms of s. 32 as it must be interpreted in this context. It should be noted here that this does not mean that the members of legislative assemblies can exercise parliamentary privileges with absolute immunity. First, the courts can still review the

La tradition constitutionnelle, l'histoire et les traditions de notre société renforcent énormément cette conclusion. La place et l'importance des privilèges législatifs dans notre vie politique et la longue pratique de non-ingérence des tribunaux ont été longuement examinés dans les présents motifs. À mon sens, ces considérations dissipent toute ambiguïté résiduelle relative à l'interprétation de l'art. 32 en ce qui concerne l'application à l'Assemblée des droits garantis à l'art. 2 de la *Charte*.

L'intimée prétend que, indépendamment de la question de savoir si le processus législatif peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*, les privilèges sont clairement des «domaines relevant de [la] législature [de chaque province]». Il ne fait aucun doute que c'est vrai en ce sens que les législatures provinciales ont le pouvoir de légiférer en matière de privilèges. Les lois que les provinces ont adoptées en ce qui concerne les privilèges pourront faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte* comme toute autre loi. Toutefois, il ne s'ensuit pas que l'exercice par les membres de l'Assemblée de leurs privilèges inhérents, dont l'existence ne dépend pas d'une loi, peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*.

En l'espèce, l'intimée n'a pas fait valoir que le privilège auquel on a eu recours pour interdire l'utilisation indépendante de caméras vidéo dans l'Assemblée outrepassait un privilège inhérent. Cet argument serait difficile à avancer étant donné que l'on reconnaît depuis longtemps que les pouvoirs d'exclure les étrangers et de contrôler les débats internes de l'Assemblée constituent des catégories valides de privilèges fondés sur la nécessité, dans notre pays et au Royaume-Uni (voir, par exemple, *Payson c. Hubert* (1904), 34 R.C.S. 400).

Je conclus que l'exercice, par les membres de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse, de leurs privilèges inhérents ne peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte* aux termes de l'art. 2, car l'assemblée législative n'est pas visée par les termes de l'art. 32 tel qu'il doit être interprété dans le présent contexte. Il y a lieu de noter ici que cela ne signifie pas que les membres d'une assemblée législative peuvent jouir d'une immunité absolue

validity of claims of privilege to the same degree they have always done. That is, they can pronounce upon the existence or extent of a particular privilege. Second, even if the members are not accountable to the judiciary with respect to the exercise of parliamentary privileges, they are, obviously, still accountable to the electorate.

Since writing the above, I have had the advantage of reading the reasons of my brother, Cory J., reaching the opposite conclusion with respect to the application of the *Charter*. Cory J. posits the example of the House punishing for contempt by sentencing a member to life imprisonment without eligibility for parole. This, my brother Cory J. suggests, is a case which would surely be covered by the *Charter*.

With respect, this example does not advance the matter very far. The position which I have advanced in these reasons holds that the members of the Nova Scotia House of Assembly, in exercising their inherent privileges (which are not dependent on statute for their existence), are not subject to *Charter* review. As I have pointed out earlier, the existence and extent of these privileges are subject to judicial review quite apart from the *Charter*. The first response to Cory J.'s example is, therefore, that it is predicated on the questionable proposition that punishment by life imprisonment is within the inherent privileges of the members of the House. That proposition is, of course, subject to judicial scrutiny under the approach I have adopted. Secondly, to the extent that any such authority claimed by the members of the House to punish by life imprisonment rested on statutory authority, the statute would, of course, be subject to *Charter* scrutiny.

en exerçant des privilèges parlementaires. Premièrement, les tribunaux peuvent encore examiner la validité des demandes fondées sur un privilège dans la même mesure qu'ils l'ont toujours fait, c'est-à-dire qu'ils peuvent se prononcer sur l'existence ou la portée d'un privilège en particulier. Deuxièmement, même si les membres d'une assemblée législative n'ont pas à répondre devant la magistrature de l'exercice de privilèges parlementaires, ils doivent évidemment en répondre devant leurs électeurs.

Depuis que j'ai rédigé ce qui précède, j'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mon collègue le juge Cory qui arrive à la conclusion contraire en ce qui concerne l'application de la *Charte*. Il donne l'exemple de l'Assemblée qui punirait un outrage commis à son égard en condamnant l'un de ses membres à l'emprisonnement à vie sans que celui-ci soit admissible à une libération conditionnelle. C'est là, selon mon collègue le juge Cory, un cas qui serait sûrement visé par la *Charte*.

En toute déférence, cet exemple ne nous avance pas beaucoup dans l'analyse de la question. J'ai soutenu dans les présents motifs que les membres de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse, dans l'exercice de leurs privilèges inhérents (dont l'existence ne dépend pas d'une loi), ne sont pas assujettis à un examen fondé sur la *Charte*. Comme je l'ai déjà souligné, l'existence et la portée de ces privilèges sont assujetties au contrôle judiciaire tout à fait indépendamment de la *Charte*. En réponse à l'exemple du juge Cory, je dirai donc premièrement que cet exemple se fonde sur la proposition discutable selon laquelle l'imposition d'une peine d'emprisonnement à vie relève des privilèges inhérents des membres de l'Assemblée. Cette proposition est naturellement assujettie à l'examen des tribunaux d'après l'approche que j'ai adoptée. Deuxièmement, dans la mesure où tout pouvoir que prétendraient avoir les membres de l'Assemblée d'infliger une peine d'emprisonnement à vie reposerait sur un pouvoir conféré par une loi, cette loi serait évidemment assujettie à un examen fondé sur la *Charte*.

The present case is one in which the actions of the members of the House fall within their inherent privileges. The contrary was not argued. I do not wish to decide a case not before us, especially one as different as that posited in Cory J.'s example. Suffice it to say that his example would give rise to very different considerations that those present in the case before us and that there is nothing in these reasons that would inevitably place the conduct described in Cory J.'s example beyond the reach of judicial review.

Finally, I note that even if the *Charter* did apply to the exercise of their inherent privileges by members of the Nova Scotia House of Assembly, it could well be that the House would itself constitute the "court of competent jurisdiction" for purposes of hearing such a claim and granting a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. I do not intend to pursue this line of analysis here, however, in light of my above conclusions, as well as the fact that the parties did not argue this issue before us.

B. *The Freedom of Speech Issue*

Given that I have determined that the exercise of privilege by members of the House of Assembly is not subject to *Charter* review, it would be inappropriate for me to address the second and third issues which pertain to the freedom of speech of journalists in the House.

VI. The Constitutional Questions

I would answer the constitutional questions, modified in light of these reasons, as follows:

1. Does s. 2 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the members of the House of Assembly when exercising their privileges as members?

The answer to the first constitutional question is no. Section 32, as it relates to the application of

En l'espèce, il s'agit d'un cas où les actions des membres de l'Assemblée relèvent de leurs privilèges inhérents. On n'a pas soutenu le contraire. Je ne veux pas me prononcer sur un cas dont nous ne sommes pas saisis, particulièrement sur un cas aussi différent que celui soumis dans l'exemple donné par le juge Cory. Qu'il suffise de dire que son exemple engendrerait des considérations très différentes de celles qui se présentent dans le pourvoi dont nous sommes saisis et que rien dans les présents motifs n'aurait inévitablement pour effet de soustraire au contrôle judiciaire le comportement décrit dans l'exemple du juge Cory.

Enfin, je souligne que, même si la *Charte* s'appliquait effectivement à l'exercice des pouvoirs inhérents des membres de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse, il se pourrait bien que l'Assemblée constitue elle-même le «tribunal compétent» aux fins de l'audition d'une telle demande et de l'attribution d'une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Toutefois, je n'ai pas l'intention de poursuivre cette analyse ici, compte tenu des conclusions que j'ai tirées ci-dessus et du fait que les parties n'ont pas débattu cette question devant nous.

B. *La question de la liberté de parole*

Vu que j'ai statué que l'exercice d'un privilège par les membres de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse ne peut pas faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*, il ne serait pas approprié que j'aborde les deuxième et troisième questions qui se rapportent à la liberté de parole des journalistes à l'Assemblée.

h VI. Les questions constitutionnelles

Je suis d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles modifiées en fonction des présents motifs:

1. L'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-il aux membres de l'Assemblée législative lorsqu'ils exercent leurs privilèges de députés?

La réponse à la première question constitutionnelle est négative. L'article 32, en ce qui concerne l'ap-

s. 2 of the *Charter*, does not encompass the Members of the Nova Scotia House of Assembly when exercising their inherent privileges.

2. If the answer to question 1 is yes, does exercising a privilege so as to refuse access to the media to the public gallery to record and relay to the public proceedings of the House of Assembly by means of their cameras contravene s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Given my response to the first constitutional question, it is neither necessary nor appropriate to answer the second constitutional question.

3. If the answer to question 2 is yes, is such a refusal a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Given my response to the first and second constitutional questions, it is neither necessary nor appropriate to answer the third constitutional question.

VII. Disposition

The appeal is allowed. The order of the learned trial judge, as amended by the Court of Appeal for Nova Scotia, is set aside.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I am in general agreement with the reasons of my colleague, McLachlin J., subject to the following comments, which are ultimately perhaps more matters of perspective than substance.

As I see it, when the British government granted a legislative assembly to a colony, the grant carried with it as an adjunct the power necessary for that body to carry out its functions, in particular the power to regulate its internal processes in the traditional manner developed over the years. This is really what we are talking about when we speak of

plication de l'art. 2 de la *Charte*, ne vise pas les membres de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse lorsqu'ils exercent leurs privilèges inhérents.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'exercice d'un privilège pour refuser l'accès aux médias à la tribune du public, afin de les empêcher d'enregistrer et de retransmettre au public les débats de l'Assemblée législative au moyen de leurs caméras, contrevient-il à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Vu la réponse que j'ai donnée à la première question constitutionnelle, il n'est ni nécessaire ni approprié de répondre à la deuxième question constitutionnelle.

3. Si la réponse à la deuxième question est affirmative, pareil refus constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Vu la réponse que j'ai donnée aux première et deuxième questions constitutionnelles, il n'est ni nécessaire ni approprié de répondre à la troisième question constitutionnelle.

VII. Dispositif

Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance du juge de première instance, telle qu'elle a été modifiée par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, est annulée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Je suis d'accord de façon générale avec les motifs de ma collègue le juge McLachlin, sous réserve des observations qui suivent et qui sont peut-être en fin de compte plus des questions de perspective que de fond.

À mon sens, lorsque le gouvernement anglais octroyait une assemblée législative à une colonie, il octroyait accessoirement le pouvoir nécessaire au corps législatif pour exercer ses fonctions, dont en particulier le pouvoir de régler ses procédures internes de la façon traditionnelle qui s'était élaborée au cours des années. C'est de cela qu'il

parliamentary or legislative privileges in this country. The broader parliamentary privileges of the British Parliament were not carried over to this country but colonial legislatures necessarily had to have such privileges as were necessary to their functioning. The legislative assembly, with its concomitant privileges, was part of the colony's constitution, which in the case of the pre-existing provinces like Nova Scotia was continued by the *Constitution Act, 1867*. Parliamentary legislative privileges in Nova Scotia are, therefore, ultimately anchored in the grant of a legislative assembly and incorporated into the *Constitution Act, 1867*. The new legislative bodies created by that Act and subsequent constitutional instruments over the years are governed by the same principle. The preambular statement in the *Constitution Act, 1867* that what was desired was "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom", among other things, gives expression to the nature of the legislative bodies that were continued or established by it. The privileges of these bodies are similar in principle, though not identical, to those of the Parliament of the United Kingdom.

I would dispose of the appeal and answer the constitutional questions in the manner proposed by McLachlin J.

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

MCLACHLIN J.—I have had the advantage of reading the reasons of both the Chief Justice and of Cory J. Although I agree with the Chief Justice that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not apply to the action of the Nova Scotia House of Assembly which is put in issue on this appeal, I come to this conclusion for different reasons. In my view, the *Charter* does not apply here, not because a legislative body is never subject to the *Charter*, but because the action here in issue is an action taken pursuant to a right which enjoys constitutional status. Having constitutional status, this right is not one that can be abrogated by the *Charter*.

s'agit vraiment quand nous parlons de privilèges parlementaires ou législatifs dans notre pays. Les privilèges plus étendus du Parlement britannique n'ont pas été transportés dans notre pays mais les législatures coloniales devaient disposer des privilèges nécessaires à leur fonctionnement. L'assemblée législative, et les privilèges concomitants, faisait partie de la constitution de la colonie et, dans le cas des provinces préexistantes comme la Nouvelle-Écosse, a été maintenue dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, les privilèges de la législature en Nouvelle-Écosse sont ancrés dans l'octroi d'une assemblée législative et incorporés dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les nouveaux corps législatifs créés par cette loi et les textes constitutionnels qui ont suivi depuis sont régis par le même principe. La déclaration du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* exprimant le désir d'une «constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni», exprime entre autres la nature des corps législatifs qu'elle a établis ou maintenus. Les privilèges de ces corps législatifs sont semblables dans leur principe, sans être identiques, aux privilèges du Parlement du Royaume-Uni.

Je suis d'avis de trancher le présent pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon proposée par le juge McLachlin.

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

LE JUGE MCLACHLIN—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du Juge en chef et ceux du juge Cory. Si je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas à l'action de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse, contestée dans le présent pourvoi, j'arrive toutefois à cette conclusion pour des motifs différents. À mon avis, la *Charte* ne s'applique pas en l'espèce, non pas parce qu'un organisme législatif n'est jamais assujéti à la *Charte*, mais parce que l'action en cause est une mesure prise conformément à un droit qui bénéficie d'un statut constitutionnel. Du fait qu'il a un statut constitutionnel, ce droit n'en est pas un qui peut être abrogé par la *Charte*.

The main issue before this Court is whether the *Charter* applies to prevent the Nova Scotia House of Assembly from excluding the media from its chambers. The media were excluded on the ground that by filming the proceedings of the House of Assembly with their own cameras they would disrupt the decorum and the efficacy of these proceedings. The relevant facts, and the judgments in the courts below are set out in the reasons of the Chief Justice.

The appellant and those interveners supporting the appellant advance two general arguments in support of their position that the *Charter* does not apply to prevent exclusion on this ground. They argue first that, by virtue of s. 32(1) of the *Charter*, the *Charter* applies only to the actions of the "legislature" or the "government". The Nova Scotia House of Assembly is, it is said, neither; accordingly, this body is not governed by the *Charter*. Alternatively they argue that even if the Nova Scotia House of Assembly can be subject to the *Charter* by virtue of s. 32(1), the right of a legislative body to control attendance in its chamber to the extent of being able to expel strangers is a right that enjoys constitutional status. Such a right, it is said, cannot be abrogated by another part of the Constitution, in this case the *Charter*. I have indicated my agreement with the second of these arguments. Before explaining the reason for my agreement, let me first address the argument in respect of s. 32(1).

A. Does the *Charter* Apply to a Legislative Assembly?

The Chief Justice holds that a textual and a purposive approach to s. 32(1) supports the conclusion that the *Charter* was not intended to reach the actions of a legislative body proper. With the greatest respect, I disagree with each of these findings.

The textual argument is, in my view, inconclusive. The relevant part of s. 32 states:

32. (1) This Charter applies

La principale question dont est saisie notre Cour est de savoir si la *Charte* s'applique de manière à empêcher l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse d'exclure les médias de son enceinte. Les médias ont été exclus pour le motif que s'ils filmaient les travaux de l'assemblée législative au moyen de leurs propres caméras, ils nuiraient au décorum et à l'efficacité de ces travaux. Le Juge en chef expose dans ses motifs les faits pertinents ainsi que les décisions des juridictions inférieures.

L'appelant et les intervenants qui l'appuient avancent deux arguments généraux à l'appui de leur opinion selon laquelle la *Charte* ne s'applique pas pour empêcher l'exclusion fondée sur ce motif. Premièrement, ils soutiennent que la *Charte*, en vertu de son par. 32(1), s'applique seulement aux actes de la «législature» ou du «gouvernement». L'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse, dit-on, n'est ni l'un ni l'autre et n'est donc pas régie par la *Charte*. Ils font valoir subsidiairement que, même si l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse peut être assujettie à la *Charte* en vertu du par. 32(1), le droit d'un organisme législatif d'exercer un contrôle sur l'assistance dans son enceinte, jusqu'au point de pouvoir expulser des étrangers, est un droit qui bénéficie d'un statut constitutionnel. On affirme que ce droit ne saurait être abrogé par une autre partie de la Constitution, en l'espèce la *Charte*. J'ai indiqué que j'étais d'accord avec le second de ces arguments. Avant d'expliquer pourquoi je suis d'accord, je vais d'abord examiner l'argument relatif au par. 32(1).

A. La Charte s'applique-t-elle à une assemblée législative?

Le Juge en chef conclut qu'une interprétation du par. 32(1), fondée sur le texte et sur l'objet visé, appuie la conclusion que la *Charte* ne visait pas à régir les actes mêmes d'un organisme législatif. En toute déférence, je ne suis d'accord avec ni l'une ni l'autre de ces conclusions.

L'argument du texte est, à mon avis, peu concluant. Voici le passage pertinent de l'art. 32:

32. (1) La présente charte s'applique:

(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.

The question is whether s. 32(1), which makes the *Charter* applicable to the "Parliament" and government of Canada and the "legislature" and government of each province, means that the *Charter* does not apply to a legislative assembly, which, it is argued, is but one constituent part of the "legislature". On the one hand, the terms "Parliament" and "legislature" as defined in the *Constitution Act, 1867* (ss. 17, 69, and 71), and in various provincial *Interpretation Acts*, include both the legislative body and the Queen's representative. These definitions tend to support the Chief Justice's conclusion that the text of the *Charter* does not include the legislative assembly itself. On the other hand, s. 5 of the *Charter* can apply only to the legislative bodies. This section states: "There shall be a sitting of Parliament and of each legislature at least once every twelve months". The legislature is called to sit by the Speaker giving notice to the members; the action is purely internal to the legislative body. Thus this section uses the word "legislature" to refer to actions which are exclusively those of a legislative body such as the Nova Scotia House of Assembly. Section 5 therefore supports the view that, by the terms of the *Charter* itself, the word "legislature" cannot be narrowly defined to cover only those actions for which the legislative body and the Queen's representative are jointly responsible. Sections 17 and 18 of the *Charter* provide further support for this view.

Nor does a purposive interpretation of s. 32(1) lead to the conclusion that the *Charter* does not apply to a legislative assembly, in my view. It is argued that the history of curial deference to legislative bodies means that the *Charter* can never apply to them. The argument, with respect, is cast too broadly. The tradition of curial deference does

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.

Il s'agit de déterminer si le par. 32(1), qui rend la *Charte* applicable au «Parlement» et au gouvernement du Canada et à la «législature» et au gouvernement de chaque province, signifie que la *Charte* ne s'applique pas à une assemblée législative qui, fait-on valoir, ne constitue qu'une composante de la «législature». D'une part, les termes «Parlement» et «législature» définis dans la *Loi constitutionnelle de 1867* (art. 17, 69 et 71) et diverses lois d'interprétation provinciales comprennent à la fois l'organisme législatif et le représentant de la Reine. Ces définitions tendent à appuyer la conclusion du Juge en chef que le texte de la *Charte* ne comprend pas l'assemblée législative elle-même. D'autre part, l'art. 5 de la *Charte* peut s'appliquer seulement aux organismes législatifs. Cette disposition prévoit ceci: «Le Parlement et les législatures tiennent une séance au moins une fois tous les douze mois». C'est le président de l'assemblée législative qui convoque la législature en donnant un avis aux membres; cette mesure est purement interne à l'organisme législatif. Ainsi, cet article utilise le terme «législatures» relativement à des actes qui relèvent exclusivement d'un organisme législatif comme l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse. L'article 5 appuie donc le point de vue selon lequel, aux termes de la *Charte* elle-même, le terme «législature» ne saurait être interprété de façon restrictive de manière à viser seulement les actes dont l'organisme législatif et le représentant de la Reine sont conjointement responsables. Les articles 17 et 18 de la *Charte* viennent renforcer ce point de vue.

À mon avis, une interprétation du par. 32(1), fondée sur l'objet visé, ne mène pas non plus à la conclusion que la *Charte* ne s'applique pas à une assemblée législative. On soutient que l'historique de la retenue judiciaire à l'égard des organismes législatifs signifie que la *Charte* ne peut jamais s'appliquer à eux. En toute déférence, cet argu-

not extend to everything a legislative assembly might do, but is firmly attached to certain specific activities of legislative assemblies, i.e., the so-called privileges of such bodies. It follows that the tradition of curial deference to legislative bodies does not support a blanket rule that the *Charter* cannot apply to any of the actions of a legislative assembly.

Without deciding that the legislative assembly is a government actor for all purposes, suffice it to say that as a public body it might be capable of impinging on individual freedoms in areas not protected by privilege. The legislative assembly could, therefore, fall within the rationale for regarding such bodies as government actors subject to the *Charter* developed by La Forest J. in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229 (at p. 262):

Government is the body that can enact and enforce rules and authoritatively impinge on individual freedom. Only government requires to be constitutionally shackled to preserve the rights of the individual. Others, it is true, may offend against the rights of individuals. This is especially true in a world in which economic life is largely left to the private sector where powerful private institutions are not directly affected by democratic forces. But government can either regulate these or create distinct bodies for the protection of human rights and the advancement of human dignity.

In neither *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, where McIntyre J. stated that "legislation is the only way in which a legislature may infringe a guaranteed right or freedom" (p. 599), nor in *McKinney*, where La Forest J. repeated this dictum, was any consideration given to the issue raised on this appeal. McIntyre J. never expressly considered whether the term "legislation", for the purposes of s. 32(1), could or should be restricted to its technical meaning of the House of Assembly and the Lieutenant Governor. Nor do

ment est formulé de manière trop générale. La tradition de retenue judiciaire ne s'applique pas à tous les actes susceptibles d'être accomplis par une assemblée législative, mais se rattache fermement à certaines de ses activités spécifiques, c'est-à-dire à ce qu'on appelle les privilèges de ces organismes. Il s'ensuit que la tradition de retenue judiciaire à l'égard des organismes législatifs ne justifie pas une règle générale selon laquelle la *Charte* ne saurait s'appliquer aux actes d'une assemblée législative.

Sans décider que l'assemblée législative est un acteur gouvernemental à quelque fin que ce soit, qu'il suffise de préciser qu'elle est, en tant qu'organisme public, susceptible de porter atteinte aux libertés individuelles dans les domaines non protégés par un privilège. En conséquence, l'assemblée législative pourrait être visée par le raisonnement justifiant de considérer de tels organismes comme des acteurs gouvernementaux assujettis à la *Charte*, que le juge La Forest a formulé dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 (à la p. 262):

C'est le gouvernement qui peut adopter et appliquer des règles et qui peut porter atteinte péremptoirement à la liberté individuelle. Seul le gouvernement a besoin de se voir imposer des contraintes dans la Constitution afin de préserver les droits des particuliers. Il est vrai que les atteintes aux droits des particuliers peuvent provenir d'autres sources. Cela est particulièrement vrai dans un monde où la vie économique est largement dominée par le secteur privé dont les institutions puissantes ne sont pas directement touchées par les forces démocratiques. Mais le gouvernement peut soit les réglementer soit créer des organismes distincts afin de protéger les droits de la personne et de promouvoir la dignité humaine.

La question soulevée dans le présent pourvoi n'a été examinée ni dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, où le juge McIntyre a affirmé que «ce n'est que dans sa législation qu'une législature peut porter atteinte à une liberté ou à un droit garantis» (p. 599), ni dans l'arrêt *McKinney* où le juge La Forest a repris cette opinion incidente. Le juge McIntyre n'a jamais expressément examiné si le terme «législation», pour les fins du par. 32(1), pouvait ou devrait se limiter à son sens technique d'assemblée législa-

I think it reasonable, in light of the decisions of this Court in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, and *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, to say that only by legislation can a "government actor" infringe rights. In *Operation Dismantle*, this Court held unanimously that a Cabinet decision to allow the United States to test cruise missiles in Canada was reviewable by the courts under s. 32(1)(a), and that the executive branch of government had a general duty to act in accordance with the *Charter*. In *Lavigne*, an obligation inserted into a collective agreement at the behest of a non-governmental actor constituted government action, once it was found that a "government actor" exercised routine or regular control over those who sought to enforce the obligation.

I cannot, however, follow my colleague Cory J. in concluding that "the *Charter* should apply to the actions of the legislative assembly" (p. 401), if he means by this that the *Charter* should apply to all of the actions of the legislative assembly. Absent specific *Charter* language to the contrary, the long history of curial deference to the independence of the legislative body, and to the rights necessary to the functioning of that body, cannot be lightly set aside, even conceding that our notions of what is permitted to government actors have been significantly altered by the enactment and entrenchment of the *Charter*. The legal reason why curial deference to the action of the House of Assembly here in issue should be preserved is set out below.

In the result, I would reject the argument that the power of the Nova Scotia House of Assembly at issue on this appeal cannot be impugned because

tive et du lieutenant-gouverneur. Compte tenu des arrêts de notre Cour *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, et *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, je ne crois pas non plus qu'il soit raisonnable d'affirmer que ce n'est que par législation qu'un «acteur gouvernemental» peut porter atteinte à des droits. Dans l'arrêt *Operation Dismantle*, notre Cour a conclu à l'unanimité qu'une décision du Cabinet d'autoriser les États-Unis à faire l'essai de missiles de croisière au Canada était assujettie au contrôle judiciaire en vertu de l'al. 32(1)a), et que l'exécutif du gouvernement avait l'obligation générale d'agir conformément à la *Charte*. Dans l'arrêt *Lavigne*, une obligation insérée dans une convention collective à la demande d'un acteur non gouvernemental constituait une action gouvernementale, dès qu'il était établi qu'un «acteur gouvernemental» exerçait un contrôle routinier ou régulier sur ceux qui cherchaient à faire exécuter l'obligation.

Toutefois, je ne puis souscrire à la conclusion de mon collègue le juge Cory que «la *Charte* devrait s'appliquer aux actions de l'assemblée législative» (p. 401), s'il veut dire par là que la *Charte* devrait s'appliquer à toutes les actions de l'assemblée législative. En l'absence de termes spécifiques contraires dans la *Charte*, on ne saurait écarter à la légère la longue tradition de retenue judiciaire à l'égard de l'indépendance de l'organisme législatif et des droits nécessaires au fonctionnement de cet organisme, même en admettant que nos notions de ce que peuvent faire les acteurs gouvernementaux ont beaucoup changé depuis l'adoption et l'enchâssement de la *Charte*. J'expose plus loin la raison juridique pour laquelle il y a lieu de maintenir la retenue judiciaire à l'égard des actes de l'assemblée législative ici en cause.

En définitive, je rejetterais l'argument selon lequel le pouvoir de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse, dont il est question ici, ne saurait

the *Charter* can never apply to any of the actions of a legislative assembly.

B. Does the Nova Scotia House of Assembly Here Act Pursuant to a Constitutional Right?

The second and alternative argument advanced in support of the contention that the *Charter* does not apply to the Assembly's action is the argument that the right of a legislative body to control who attends in its chamber is a right that enjoys constitutional status, and hence cannot be abrogated by another part of the Constitution, in this case the *Charter*.

It is a basic rule, not disputed in this case, that one part of the Constitution cannot be abrogated or diminished by another part of the Constitution: *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148. So if the privilege to expel strangers from the legislative assembly is constitutional, it cannot be abrogated by the *Charter*, even if the *Charter* otherwise applies to the body making the ruling. This raises the critical question: is the privilege of the legislative assembly to exclude strangers from its chamber a constitutional power?

It is argued that the right to exclude strangers from the legislative assembly is constitutional by virtue of s. 88 of the *Constitution Act, 1867*, which is said to make the provincial constitution of Nova Scotia part of the Constitution of Canada. It is also argued that the right is constitutional because the preamble of the *Constitution Act, 1867*, incorporates art. 9 of the English *Bill of Rights* of 1689. Finally, it is argued that the right to exclude strangers is a constitutional privilege inherent in the legislative assembly by virtue of the fact that the preamble to the *Constitution Act, 1867* proclaims an intention to put in place "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom".

être contesté pour le motif que la *Charte* ne peut jamais s'appliquer aux actions d'une assemblée législative.

B. L'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse agit-elle ici conformément à un droit constitutionnel?

Subsidiairement, à l'appui de l'argument que la *Charte* ne s'applique pas aux actes de l'assemblée législative, on soutient que le droit d'un organisme législatif d'exercer un contrôle sur l'assistance dans son enceinte est un droit qui bénéficie d'un statut constitutionnel et qui ne peut donc être abrogé par une autre partie de la Constitution, en l'espèce la *Charte*.

C'est une règle fondamentale, non contestée en l'espèce, qu'une partie de la Constitution ne peut être abrogée ou atténuée par une autre partie de la Constitution: *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148. Par conséquent, si le privilège d'expulser des étrangers de l'assemblée législative est constitutionnel, il ne saurait être abrogé par la *Charte*, même si cette dernière s'applique par ailleurs à l'organisme qui a pris la décision. Cela soulève la question cruciale suivante: le privilège de l'assemblée législative d'exclure des étrangers de son enceinte constitue-t-il un pouvoir constitutionnel?

On soutient que le droit d'exclure des étrangers de l'assemblée législative est constitutionnel en vertu de l'art. 88 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui, dit-on, fait de la constitution de la province de la Nouvelle-Écosse une partie de la Constitution du Canada. On affirme également que ce droit est constitutionnel parce que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* incorpore l'art. 9 du *Bill of Rights* anglais de 1689. Enfin, on soutient que le droit d'exclure des étrangers est un privilège inhérent à l'assemblée législative du fait que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* exprime l'intention de mettre en place «une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni».

I have concluded that the first two arguments do not establish the constitutionality of the privilege claimed. The first argument is beside the point. The appellant here seeks to establish the constitutional status of the inherent privileges of the Nova Scotia House of Assembly. Only presuming that this Court finds that the privileges of the Nova Scotia House of Assembly are statutory, does the appellant argue that privilege is incorporated into the Constitution of Canada by virtue of s. 88 of the *Constitution Act, 1867*, and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. I argue below that inherent privileges can enjoy constitutional status regardless of whether there exists a power to legislate in respect of privilege in the provincial constitution, and regardless of whether provisions relating to privilege have in fact been enacted. Were it necessary to consider the matter, I would also be concerned about a reading of the word "continue" in s. 88 of the *Constitution Act, 1867* as "be entrenched"; since this section concerns only the provincial constitutions of Nova Scotia and New Brunswick, such a reading would raise questions regarding the other provincial constitutions.

In respect of the second argument, it is clear that, absent specific reference, the wording of the preamble should not be understood to refer to a specific article of the English *Bill of Rights*. This is not to say that that principles underlying art. 9 of the English *Bill of Rights* of 1689 do not form part of our law and inform our understanding of the appropriate relationship between the courts and legislative bodies in Canada: *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at p. 785.

I am persuaded by the third argument. In my view, it is reasonable and correct to find that the House of Assembly of Nova Scotia has the constitutional power to exclude strangers from its chamber on the basis of the preamble to the Constitution, historical tradition, and the pragmatic principle that the legislatures must be presumed to

J'ai conclu que les deux premiers arguments n'établissent pas la constitutionnalité du privilège revendiqué. Le premier argument n'est pas pertinent. En l'espèce, l'appelant cherche à établir le statut constitutionnel des privilèges inhérents de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse. C'est seulement en présumant que notre Cour conclura que les privilèges de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse sont d'origine légale que l'appelant fait valoir que le privilège est incorporé dans la Constitution du Canada en vertu de l'art. 88 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je soutiens plus loin que les privilèges inhérents peuvent bénéficier d'un statut constitutionnel, peu importe qu'il existe ou non un pouvoir de légiférer en matière de privilège dans la constitution provinciale et qu'il y ait eu ou non adoption de dispositions relatives au privilège. S'il était nécessaire d'examiner la question, une interprétation du terme «demeurera», à l'art. 88 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, comme signifiant «sera enchâssé» me causerait également du souci; puisque cette disposition vise seulement les constitutions des provinces de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick, une telle interprétation soulèverait des questions relativement aux autres constitutions provinciales.

En ce qui concerne le deuxième argument, il est évident qu'en l'absence d'un renvoi spécifique, le préambule ne devrait pas être interprété comme renvoyant à un article précis du *Bill of Rights* anglais. Cela ne veut pas dire que les principes qui sous-tendent l'art. 9 du *Bill of Rights* anglais de 1689 ne font pas partie de notre droit et ne nous éclairent pas quant aux relations qui doivent exister entre les tribunaux et les organismes législatifs au Canada: *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, à la p. 785.

Le troisième argument me convainc. À mon avis, il est juste et raisonnable de conclure que l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse a le pouvoir constitutionnel d'exclure des étrangers de son enceinte en vertu du préambule de la Constitution, de la tradition historique et du principe pragmatique selon lequel il faut présumer que les légis-

possess such constitutional powers as are necessary for their proper functioning.

The Effect of our Written Constitution

It is argued that the fact that our Constitution is in large part a written constitution, coupled with the particular wording of some of its provisions, indicates that unwritten and unexpressed privileges can have at most a limited place in the Constitution. It is to that argument that I now turn. It is my view that far from contradicting the proposition that Parliament and the legislatures possess inherent constitutional privileges, the wording of our written constitution supports that proposition.

This is evident from the first part of our written constitution, the preamble to the *Constitution Act, 1867*, which announces the intention of securing to the provinces of Canada, Nova Scotia and New Brunswick, a "Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom". There is no question that this preamble constitutionally guarantees the continuance of Parliamentary governance; given Canadian federalism, this guarantee extends to the provincial legislatures in the same manner as to the federal Parliament. The Constitution of the United Kingdom recognized certain privileges in the legislative body. This suggests that the legislative bodies of the new Dominion would possess similar, although not necessarily identical, powers. This inference finds further support in the fact that the Canadian Parliament and provincial legislatures were modelled, down to the smallest details, on the Parliament of the United Kingdom. For example, every legislative body possesses a speaker who is empowered to maintain order and decorum in the proceedings of the House, just as the Speaker at Westminster does. The obvious conclusion is that he or she would be armed with similar powers, at least to the extent that such powers are necessary for the efficient operation of the legislative body.

It is argued, however, that we in Canada have pursued the enterprise of constitution-writing to the point where unwritten concepts can no longer

latures possèdent les pouvoirs constitutionnels nécessaires à leur bon fonctionnement.

L'incidence de notre constitution écrite

^a On fait valoir que le fait que notre Constitution soit en grande partie écrite, conjugué au texte particulier de certaines de ses dispositions, indique que les privilèges non écrits et inexprimés peuvent tout au plus occuper une place limitée dans la Constitution. C'est cet argument que je vais maintenant examiner. À mon avis, loin de contredire la proposition que le Parlement et les législatures possèdent des privilèges constitutionnels inhérents, le texte de notre constitution écrite l'appuie.

^a Cela ressort de la première partie de notre constitution écrite, le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui annonce l'intention d'établir pour les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick une «constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni». Il ne fait pas de doute que ce préambule garantit constitutionnellement le maintien du gouvernement parlementaire; compte tenu du fédéralisme canadien, cette garantie s'étend aux législatures provinciales de la même manière qu'au Parlement fédéral. La Constitution du Royaume-Uni reconnaissait certains privilèges à l'organisme législatif. Cela laisse entendre que les organismes législatifs du nouveau dominion allaient posséder des pouvoirs similaires quoique non nécessairement identiques. Cette déduction trouve également appui dans le fait que le Parlement canadien et les législatures provinciales s'inspirent, dans les moindres détails, du Parlement du Royaume-Uni. Par exemple, chaque organisme législatif compte un président qui est habilité à maintenir l'ordre et le décorum pendant les travaux de la Chambre, tout comme l'est le président à Westminster. Il faut de toute évidence conclure que cette personne disposerait des pouvoirs similaires, tout au moins dans la mesure où ces pouvoirs sont nécessaires au bon fonctionnement de l'organisme législatif.

^j Toutefois, on soutient que nous avons au Canada poussé la rédaction des textes constitutionnels au point où on ne peut plus dire que les concepts non

be said to have a place in our Constitution. I say immediately that I share the concern of the Chief Justice that unwritten concepts not be freely imported into a constitutional regime which has culminated in a written constitution. I note as well that there is eminent academic support for taking a cautious approach to the recognition of unwritten or unexpressed constitutional powers. Yet the matter is not susceptible to categoric exclusions, as is evident from Professor Hogg's discussion of the issue. In *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 1, at p. 1-7, Professor Hogg begins by stating the case for the conclusion that the Canadian Constitution is confined to the written documents:

The definition of the "Constitution of Canada" in s. 52(2) is introduced by the word "includes". In general, in Canadian statutes, the word "includes" indicates that the definition is not exhaustive. The word "means" is customary for an exhaustive definition. But, considering the specificity of the list of Acts and orders, and the grave consequences (namely, supremacy and entrenchment, described in the next two paragraphs) of the inclusion of other instruments, surely no court would be so bold as to make additions to the 30 instruments in the schedule.

But in the next sentence, Professor Hogg acknowledges the difficulty with this approach, asserting that while

[i]t seems only realistic . . . to regard the definition as exhaustive, . . . it omits many instruments of importance to the government of Canada or the provinces. For example, the definition omits the pre-1867 instruments which governed the territory now forming part of Ontario and Quebec: the Royal Proclamation of 1763, the Quebec Act of 1774, the Constitutional Act of 1791 and the Union Act of 1840. Also excluded are the pre-1867 instruments which are still the constitutions of Nova Scotia (1749), Prince Edward Island (1769), New Brunswick (1784), Newfoundland (1832) and British Columbia (1866). Nor does the definition include the Letters Patent of 1947, which constitute the office of Governor General, or the Supreme Court Act, which establishes the Supreme Court of Canada, or the Canadian Bill of Rights, which remains in force notwithstanding the adoption of the Charter of Rights. Nor does

écrits ont leur place dans notre Constitution. J'affirme immédiatement que je partage le souci du Juge en chef que des concepts non écrits ne soient pas transposés librement dans un régime constitutionnel qui a abouti à une constitution écrite. Je souligne également que d'éminents auteurs appuient une façon prudente d'aborder la reconnaissance de pouvoirs constitutionnels non écrits ou inexprimés. Pourtant, la question n'est pas susceptible de faire l'objet d'exclusions catégoriques, comme l'indique l'analyse qu'en fait le professeur Hogg. À la page 1-7 de *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), vol. 1, le professeur Hogg commence par présenter les arguments à l'appui de la conclusion que la Constitution canadienne se limite aux documents écrits:

[TRADUCTION] La définition de l'expression «Constitution du Canada» au par. 52(2) commence par le terme «comprend». En général, dans les lois canadiennes, le terme «comprend» indique que la définition n'est pas exhaustive. Habituellement, le terme «désigne» indique qu'il s'agit d'une définition exhaustive. Toutefois, compte tenu du caractère spécifique de la liste de textes législatifs et des décrets et des conséquences importantes (savoir la suprématie et l'enchâssement, dont il est question dans les deux paragraphes qui suivent) de l'inclusion d'autres textes, un tribunal n'oserait certainement pas faire des ajouts aux 30 textes énumérés dans l'annexe.

Toutefois, dans la phrase suivante, le professeur Hogg reconnaît la difficulté que pose cette approche, en affirmant que même

[TRADUCTION] [s'i]l semble seulement réaliste [. . .] de considérer cette définition comme exhaustive, [. . .] elle omet de nombreux textes d'importance pour le gouvernement du Canada ou les provinces. Par exemple, la définition ne mentionne pas les textes antérieurs à 1867 qui régissaient le territoire qui fait maintenant partie de l'Ontario et du Québec: la Proclamation royale de 1763, l'Acte de Québec de 1774, l'Acte constitutionnel de 1791 et l'Acte d'Union de 1840. Sont également exclus les textes antérieurs à 1867 qui constituent toujours les constitutions de la Nouvelle-Écosse (1749), de l'Île-du-Prince-Édouard (1769), du Nouveau-Brunswick (1784), de Terre-Neuve (1832) et de la Colombie-Britannique (1866). La définition ne comprend pas non plus les Lettres patentes de 1947, qui constituent la charge de gouverneur général, la Loi sur la Cour suprême qui constitue la Cour suprême du Canada, ni la Déclaration

the definition include the body of conventions which regulates the system of responsible government; of course, these conventions cannot be included in a definition expressed in terms of written instruments, because they are not contained in any authoritative written instrument.

Professor Hogg concludes that "Canada's gradual evolution from colony to nation has denied it any single comprehensive constitutional document" (p. 1-8). He concedes that the wording of s. 52(2) does not conclusively prove that this section is an exhaustive definition of the Canadian Constitution. I would add only this: given the clear and stated intention of the founders of our country in the *Constitution Act, 1867* to establish a constitution similar to that of the United Kingdom, the Constitution may also include such privileges as have been historically recognized as necessary to the proper functioning of our legislative bodies.

It seems indisputable that the inherent privileges of Canada's legislative bodies, those "certain very moderate privileges which were necessary for the maintenance of order and discipline during the performance of their duties" (see R. M. Dawson, *The Government of Canada* (5th ed. 1970), at p. 338), fall within the group of principles constitutionalized by virtue of this preamble. The principles constitutionalized in this manner were seen to be unwritten and unexpressed; I do not understand the entrenchment of written rights guarantees, or the adoption of specific written instruments, to negate the manifest intention expressed in the preamble of our Constitution that Canada retain the fundamental constitutional tenets upon which British parliamentary democracy rested. This is not a case of importing an unexpressed concept into our constitutional regime, but of recognizing a legal power fundamental to the constitutional regime which Canada has adopted in its *Constitution Acts, 1867 to 1982*. Nor are we here treating a mere convention to which the courts have not given legal

canadienne des droits qui demeure en vigueur malgré l'adoption de la Charte des droits. La définition ne comprend pas non plus l'ensemble des conventions qui régissent le système de gouvernement responsable; de toute évidence, ces conventions ne peuvent être incluses dans une définition formulée en fonction d'écrits, parce qu'elles ne sont contenues dans aucun écrit faisant autorité.

Le professeur Hogg conclut que [TRADUCTION] «l'évolution progressive du Canada, du statut de colonie à celui d'un État, fait qu'il n'est pourvu d'aucun document constitutionnel complet» (p. 1-8). Il reconnaît que le texte du par. 52(2) ne constitue pas une preuve concluante que cette disposition constitue une définition exhaustive de la Constitution du Canada. J'ajouterais ceci seulement: puisqu'il ressort de la *Loi constitutionnelle de 1867* que les fondateurs de notre pays avaient l'intention claire et nette d'établir une constitution semblable à celle du Royaume-Uni, la Constitution peut également inclure les privilèges qui ont traditionnellement été jugés nécessaires au bon fonctionnement de nos organismes législatifs.

Il semble incontestable que les privilèges inhérents des organismes législatifs du Canada, c'est-à-dire [TRADUCTION] «certains privilèges très restreints qui étaient nécessaires au maintien de l'ordre et de la discipline dans l'exercice de leurs fonctions» (voir R. M. Dawson, *The Government of Canada* (5^e éd. 1970), à la p. 338), font partie du groupe de principes constitutionnalisés en vertu de ce préambule. On considérait que les principes ainsi constitutionnalisés n'étaient pas écrits ni exprimés; selon moi, l'enchâssement des droits écrits garantis ou l'adoption d'écrits spécifiques n'annule pas l'intention manifeste, exprimée dans le préambule de notre Constitution, que le Canada conserve les préceptes constitutionnels fondamentaux qui sous-tendaient la démocratie parlementaire britannique. Il s'agit non pas de transposer dans notre régime constitutionnel un concept inexprimé, mais plutôt de reconnaître un pouvoir juridique fondamental au régime constitutionnel que le Canada a adopté dans ses *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*. Il ne s'agit pas non plus ici d'une simple convention à laquelle les tribunaux n'ont pas donné un effet juridique; la jurisprudence

effect; the authorities indicate that the legal status of inherent privileges has never been in doubt.

I accept the spirit of the remarks of Hogg that additions to the 30 instruments set out in the schedule referred to in s. 52(2) of the *Constitution Act, 1982* might have grave consequences given the supremacy and entrenchment that is provided for the "Constitution of Canada" in ss. 52(1) and 52(3). However, as Hogg himself concedes, s. 52(2) is not clearly meant to be exhaustive. That established, I would be unwilling to restrict the interpretation of that section in such a way as to preclude giving effect to the intention behind the preamble to the *Constitution Act, 1867*, thereby denying recognition to the minimal, but long recognized and essential, inherent privileges of Canadian legislative bodies.

I conclude that the written text of Canada's Constitution supports, rather than detracts from, the conclusion that our legislative bodies possess those historically recognized inherent constitutional powers as are necessary to their proper functioning.

The Historical Perspective

The Parliament of Canada and the legislative assemblies of its provinces are modelled on the system of Parliamentary democracy that prevailed in the United Kingdom. The preamble to the *Constitution Act, 1867* expressly states the intention of the framers of our Constitution that it should be "similar in Principle to that of the United Kingdom". It follows that in ascertaining what constitutional powers our legislative assemblies have we should begin by looking at the powers which historically have been ascribed to the Parliament of the United Kingdom.

I turn first to the historical tradition of parliamentary privileges. "Privilege" in this context denotes the legal exemption from some duty, burden, attendance or liability to which others are subject. It has long been accepted that in order to perform their functions, legislative bodies require

indique que le statut juridique des privilèges inhérents n'a jamais été mis en doute.

Je suis d'accord avec l'essentiel de la pensée du professeur Hogg lorsqu'il fait observer que l'ajout d'autres textes aux 30 déjà énumérés à l'annexe mentionnée au par. 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* risque d'avoir de graves conséquences compte tenu de la suprématie et de l'enchâssement prévus relativement à la «Constitution du Canada» aux par. 52(1) et 52(3). Toutefois, comme le reconnaît le professeur Hogg lui-même, le par. 52(2) ne se veut pas clairement exhaustif. Ceci dit, je ne serais pas disposée à limiter l'interprétation de cette disposition de façon à écarter l'intention qui sous-tend le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et refuser ainsi de reconnaître les privilèges inhérents minimes, mais reconnus depuis longtemps et essentiels, des organismes législatifs canadiens.

Je conclus que le texte écrit de la Constitution du Canada appuie, plutôt que d'y déroger, la conclusion que nos organismes législatifs possèdent les pouvoirs constitutionnels inhérents historiquement considérés comme nécessaires à leur bon fonctionnement.

f La perspective historique

Le Parlement du Canada et les assemblées législatives provinciales s'inspirent du système de démocratie parlementaire qui existait au Royaume-Uni. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* mentionne expressément l'intention des rédacteurs de notre Constitution d'établir une constitution «semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni». Il s'ensuit que pour déterminer quels pouvoirs constitutionnels possèdent nos assemblées législatives, nous devrions commencer par examiner les pouvoirs traditionnellement confiés au Parlement du Royaume-Uni.

J'examinerai tout d'abord la tradition historique des privilèges parlementaires. Dans ce contexte, le terme «privilège» indique une exemption légale d'une certaine obligation, charge, participation ou responsabilité auxquelles les autres personnes sont assujetties. Il est accepté depuis longtemps que,

certain privileges relating to the conduct of their business. It has also long been accepted that these privileges must be held absolutely and constitutionally if they are to be effective; the legislative branch of our government must enjoy a certain autonomy which even the Crown and the courts cannot touch.

The Parliamentary privilege of the British Parliament at Westminster sprang originally from the authority of Parliament as a court. Over the centuries, Parliament won for itself the right to control its own affairs, independent of the Crown and of the courts. The courts could determine whether a parliamentary privilege existed, but once they determined that it did, the courts had no power to regulate the exercise of that power. One of those privileges, held absolutely and deemed to be constitutional, was the power to exclude strangers from the proceedings of the House.

The privileges attaching to colonial legislatures arose from common law. Modelled on the British Parliament, they were deemed to possess such powers and authority as are necessarily incidental to their proper functioning. These privileges were governed by the principle of necessity rather than by historical incident, and thus may not exactly replicate the powers and privileges found in the United Kingdom.

In *Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (21st ed. 1989), privilege is described in the following manner (at pp. 69 and 82):

Parliamentary privilege is the sum of the peculiar rights enjoyed by each House collectively as a constituent part of the High Court of Parliament, and by Members of each House individually, without which they could not discharge their functions, and which exceed those possessed by other bodies or individuals. Thus

pour exercer leurs fonctions, les organismes législatifs doivent bénéficier de certains privilèges relativement à la conduite de leurs affaires. Il est également accepté depuis longtemps que, pour être efficaces, ces privilèges doivent être détenus d'une façon absolue et constitutionnelle; la branche législative de notre gouvernement doit jouir d'une certaine autonomie à laquelle même la Couronne et les tribunaux ne peuvent porter atteinte.

Le privilège parlementaire du Parlement britannique à Westminster découlait initialement de la compétence du Parlement en tant que tribunal. Au cours des siècles, le Parlement s'est gagné le droit de contrôler ses propres affaires, indépendamment de la Couronne et des tribunaux. Les tribunaux pouvaient déterminer si un privilège parlementaire existait, mais une fois qu'ils avaient déterminé qu'il existait, ils n'avaient aucun pouvoir d'en réglementer l'exercice. Un de ces privilèges, détenu de façon absolue et réputé constitutionnel, était le pouvoir d'exclure des étrangers des débats de l'assemblée législative.

Les privilèges des législatures coloniales émanaient de la common law. Ces institutions modélisées sur le Parlement britannique étaient réputées posséder les pouvoirs et la compétence dont dépend nécessairement leur bon fonctionnement. Ces privilèges étaient régis par le principe de la nécessité plutôt que par un événement historique et pourraient bien de ce fait ne pas reproduire exactement les pouvoirs et privilèges existants au Royaume-Uni.

Dans *Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (21^e éd. 1989), le privilège est décrit de la façon suivante (aux pp. 69 et 82):

[TRADUCTION] Le privilège parlementaire est la somme des droits particuliers dont jouissent chaque chambre collectivement en tant que composante de la Haute Cour du Parlement, et les membres de chacune des chambres, pris individuellement, sans lesquels ils ne pourraient s'acquitter de leurs fonctions, et qui excèdent ceux que possèdent d'autres organismes ou particuliers. Ainsi, le privilège, bien qu'il fasse partie de la loi du pays, consti-

privilege, though part of the law of the land, is to a certain extent an exemption from the general law.

... the privileges of Parliament are rights 'absolutely necessary for the due execution of its powers'...

The basic character of privilege in Canada is well set out in Professor Dawson's *Government of Canada, supra*, at pp. 337-38:

Privileges formed in themselves a special body of law and became known collectively as the *lex et consuetudo Parliamenti*. It had no statutory basis whatever; indeed, it sprang originally from the authority of Parliament as a court; and not as a legislative body...

The *lex et consuetudo Parliamenti* as known in England, unlike the major part of the common law, has not been transplanted to Canada. The creation of legislative bodies overseas did not endow those bodies with the privileges and powers of the English Parliament, which, as stated above, were primarily judicial in origin. Such creation did imply, however, that these legislatures would need to exercise certain very moderate privileges which were necessary for the maintenance of order and discipline during the performance of their duties. But these were to be protective and not punitive powers, for the latter were again considered to be characteristic of a court rather than of a legislative body.

The most recent treatment of these issues in the Canadian setting echoes this thinking. Thus Joseph Maingot in his *Parliamentary Privilege in Canada* (1982) also recognizes that Canadian legislative bodies had, from their inception, those privileges which were necessary for the maintenance of order and discipline during the performance of their duties (at pp. 2-3):

From the time that a legislative assembly was first established in Canada in 1758 in Nova Scotia, the law accorded to it and to those taking part in its deliberations all the power considered necessary for a legislature and its members to perform their legislative work. In

tue dans une certaine mesure une exemption de l'application des lois générales.

... les privilèges du Parlement sont des droits «absolument nécessaires à l'exercice régulier de ses pouvoirs»...

Le caractère fondamental du privilège au Canada est bien énoncé par le professeur Dawson dans son ouvrage intitulé *The Government of Canada, op. cit.*, aux pp. 337 et 338:

[TRADUCTION] Les privilèges formaient en soi un ensemble spécial de règles de droit et sont devenus collectivement connus sous le nom de *lex et consuetudo Parliamenti*. Ils n'avaient aucun fondement juridique; en fait, ils découlaient initialement de la compétence du Parlement en tant que tribunal, et non en tant qu'organisme législatif...

La *lex et consuetudo Parliamenti*, connue en Angleterre, n'a pas été, comme la majeure partie de la common law, transplantée au Canada. Les organismes législatifs créés à l'étranger n'étaient pas investis des privilèges et des pouvoirs du Parlement britannique, qui, comme nous l'avons déjà mentionné, étaient principalement d'origine judiciaire. Cette création impliquait toutefois que ces législatures devaient exercer certains privilèges très restreints qui étaient nécessaires au maintien de l'ordre et de la discipline dans l'exercice de leurs fonctions. Toutefois, il devait s'agir de pouvoirs de protéger et non de punir, car ces derniers étaient encore considérés comme l'apanage d'un tribunal plutôt que d'un organisme législatif.

Les analyses les plus récentes de ces questions dans le contexte canadien reprennent cette ligne de pensée. Dans son ouvrage intitulé *Le privilège parlementaire au Canada* (1987), Joseph Maingot reconnaît également que les organismes législatifs canadiens bénéficiaient, dès leur création, des privilèges nécessaires au maintien de l'ordre et de la discipline dans l'exercice de leurs fonctions (aux pp. 3 et 4):

Dès l'établissement au Canada de la première assemblée législative en Nouvelle-Écosse en 1758, la loi accorda à l'assemblée et à ceux qui prenaient part à ses délibérations, tous les pouvoirs jugés nécessaires pour permettre à l'assemblée et à ses membres de s'acquitter

this way, the members had freedom of speech in debate; they were protected from being arrested in connection with civil cases because the legislature had first call on their services and attendance. It was said in an early opinion that they had the power to imprison for such acts of contempt in the face of the assembly as produced disturbance and interruption of their proceedings. While such custom and practice developed in Upper and Lower Canada and continued in the Province of Canada, it was held in 1842 that colonial legislatures had no power to commit for contempt committed outside the assembly, and in 1866 it was held that they had no power to commit for contempt even when committed in the assembly. In other words, "protective and self-defensive powers only, and not punitive powers, are necessary."

The early legislatures had to rely on their inherent power because they were the assemblies of colonies: the legal instrument creating them, a royal proclamation or an act of the U.K. Parliament, would not normally provide for the same immunity or power as the U.K. House of Commons because that would not be compatible with their dependent status. It was not until 1896 that the legislatures of the provinces received judicial confirmation of the authority to take on much the same privileges as the U.K. or Canadian House of Commons. That same court (*Fielding v. Thomas*, [[1896] A.C. 600]) pointed out that from 1865, the early elected legislatures in Canada (such as that of Nova Scotia) had by virtue of section 5 of the *Colonial Laws Validity Act, 1865* the authority to legislate their privileges.

The forgoing remarks indicate that Canadian legislative bodies properly claim as inherent privileges those rights which are necessary to their capacity to function as legislative bodies. There is no dispute in the case law that necessity is the test. Thus, in *Kielley v. Carson* (1842), 4 Moore 63, 13 E.R. 225, the Privy Council was called upon to consider whether the power of committing for a contempt, outside of the Assembly, was a necessary legal incident to every local Canadian legislature. The Privy Council found that our legislative bodies could not claim such a privilege, and held further that colonial assemblies did not possess the rights and privileges that the House of Commons of the United Kingdom enjoyed by virtue of

de leur mission législative. À ce titre, les députés jouissaient de la liberté de parole dans les débats. Ils étaient protégés contre toute arrestation occasionnée par un litige au civil car l'assemblée avait droit en priorité à leur présence et à leur participation. Selon une opinion ancienne, les assemblées avaient le pouvoir d'emprisonner l'auteur d'un outrage commis en séance et qui avait perturbé ou interrompu leurs travaux. Cet usage s'est développé dans le Bas et le Haut-Canada et s'est maintenu dans la Province du Canada, mais en 1842, on estimait que les assemblées de la colonie n'avaient pas le pouvoir d'emprisonner l'auteur d'un outrage commis en dehors de l'assemblée et, en 1866, on considérait qu'elles n'avaient même pas le pouvoir d'emprisonner l'auteur d'un outrage commis en présence de l'assemblée. En d'autres termes, l'assemblée devait disposer de pouvoirs de protection et de défense, et non pas du pouvoir de punir.

Au début, les assemblées n'ont pu miser que sur leurs pouvoirs intrinsèques parce qu'elles étaient des assemblées coloniales: l'instrument juridique de leur création, une proclamation royale ou un acte du Parlement du Royaume-Uni, ne leur octroyait pas ordinairement la même immunité ou les mêmes pouvoirs que ceux de la Chambre des communes du Royaume-Uni, jugés incompatibles avec leur état de dépendance. Ce n'est qu'en 1896 qu'un tribunal a confirmé le pouvoir des assemblées provinciales de s'octroyer des privilèges à peu près identiques à ceux de la Chambre des communes du Royaume-Uni ou du Canada. Ce tribunal a précisé dans l'arrêt *Fielding c. Thomas* [[1896] A.C. 600] que depuis 1865, les anciennes assemblées du Canada (comme celle de la Nouvelle-Écosse) possédaient en vertu de l'article 5 de la *Colonial Laws Validity Act* de 1865 le pouvoir de légiférer sur leurs privilèges.

Les remarques qui précèdent indiquent que les organismes législatifs canadiens peuvent revendiquer en tant que privilèges inhérents les droits nécessaires à leur fonctionnement. On ne conteste pas, dans la jurisprudence, que le critère applicable est celui de la nécessité. Ainsi, dans l'arrêt *Kielley c. Carson* (1842), 4 Moore 63, 13 E.R. 225, le Conseil privé était appelé à examiner si le pouvoir d'incarcération pour outrage, commis en dehors de l'Assemblée, constituait une particularité juridique nécessaire à chaque législature locale canadienne. Le Conseil privé a conclu que nos organismes législatifs ne pouvaient revendiquer ce privilège et que les assemblées coloniales ne possédaient pas les droits et les privilèges dont jouissait la Cham-

ancient usage and prescription. But the Privy Council did not dispute that such powers “as are necessary to the existence of such a body, and the proper exercise of the functions which it is intended to execute” were bestowed with the very establishment of the Newfoundland Assembly. Baron Parke stated (at pp. 234-35 E.R.):

In conformity to this principle we feel no doubt that such an Assembly has the right of protecting itself from all impediments to the due course of its proceeding. To the full extent of every measure which it may be really necessary to adopt, to secure the free exercise of their Legislative functions, they are justified in acting by the principle of the Common Law.

See also *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600 (P.C.), per Lord Halsbury L.C., at pp. 610-11. The general point was confirmed in an early decision of this Court in *Landers v. Woodworth* (1878), 2 S.C.R. 158, where Ritchie J. commented (at pp. 201-2):

I think a series of authorities, binding on this Court, clearly establish that the House of Assembly of *Nova Scotia* has no power to punish for any offence not an immediate obstruction to the due course of its proceedings and the proper exercise of its functions, such power not being an essential attribute, nor essentially necessary, for the exercise of its functions by a local legislature, and not belonging to it as a necessary or legal incident; and that, without prescription or statute, local legislatures have not the privileges which belong to the House of Commons of *Great Britain* by the *Lex et consuetudo Parliamenti*.

It is for the courts to determine whether necessity sufficient to support a privilege is made out. Lord Denman C.J. in *Stockdale v. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1 (Q.B.), 112 E.R. 1112, stated at p. 1169 E.R.: “If the necessity can be made out, no more need be said: it is the foundation of every privilege of Parliament, and justifies all that it requires.” He noted, however, that it is up to the courts to determine whether necessity supports the privilege claimed; if it does, and only if it does, the

bre des communes du Royaume-Uni en vertu d'une prescription et d'un usage anciens. Toutefois, le Conseil privé n'a pas contesté que l'Assemblée législative de Terre-Neuve s'est vu conférer, dès son établissement, les pouvoirs [TRADUCTION] «nécessaires à l'existence d'un tel organisme et à l'exercice adéquat des fonctions qu'il est censé remplir». Le baron Parke affirme (aux pp. 234 et 235 E.R.):

[TRADUCTION] Conformément à ce principe, il ne fait aucun doute pour nous qu'une telle assemblée a le droit de se protéger de tous les obstacles au bon déroulement de ses travaux. Dans la pleine mesure de toute disposition qu'il peut être vraiment nécessaire d'adopter pour garantir le libre exercice de ses fonctions législatives, elle est justifiée d'agir selon le principe de la common law.

Voir aussi l'arrêt *Fielding c. Thomas*, [1896] A.C. 600 (C.P.), le lord chancelier Halsbury, aux pp. 610 et 611. Le point général a été confirmé dans l'arrêt antérieur de notre Cour *Landers c. Woodworth* (1878), 2 R.C.S. 158, où le juge Ritchie fait observer (aux pp. 201 et 202):

[TRADUCTION] À mon avis, il existe une série de décisions qui lient notre Cour, dans lesquelles il est établi clairement d'une part, que l'Assemblée législative de la *Nouvelle-Écosse* n'a pas le pouvoir de punir une infraction qui ne constitue pas un obstacle immédiat au bon déroulement de ses travaux et à l'exercice légitime de ses fonctions, un tel pouvoir n'étant pas un attribut essentiel, ni fondamentalement nécessaire, à l'exercice de ses fonctions de législature locale et ne lui appartenant pas à titre de particularité nécessaire ou juridique, et, d'autre part, que sans une prescription ou un texte de loi, les législatures locales ne possèdent pas les privilèges qui appartiennent à la Chambre des communes de la *Grande-Bretagne* en vertu de la *Lex et consuetudo Parliamenti*.

Il appartient aux tribunaux de déterminer si l'on a prouvé l'existence d'une nécessité suffisante pour justifier un privilège. Le lord juge en chef Denman, dans l'arrêt *Stockdale c. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1 (Q.B.), 112 E.R. 1112, affirme à la p. 1169 E.R.: [TRADUCTION] «Si la nécessité peut être prouvée, point n'est besoin d'ajouter autre chose: c'est le fondement de tout privilège du Parlement, et c'est tout ce qui est exigé.» Toutefois, il souligne qu'il appartient aux tribunaux de détermi-

courts will not inquire into its exercise (at p. 1168 E.R.):

Where the subject matter falls within [the House of Commons] jurisdiction, no doubt we cannot question their judgment; but we are now enquiring whether the subject matter does fall within the jurisdiction of the House of Commons. It is contended that they can bring it within their jurisdiction by declaring it so. To this claim, as arising from their privileges, I have already stated my answer: it is perfectly clear that none of these Courts could give themselves jurisdiction by adjudging that they enjoy it.

The test of necessity is not applied as a standard for judging the content of a claimed privilege, but for the purpose of determining the necessary sphere of exclusive or absolute “parliamentary” or “legislative” jurisdiction. If a matter falls within this necessary sphere of matters without which the dignity and efficiency of the House cannot be upheld, courts will not inquire into questions concerning such privilege. All such questions will instead fall to the exclusive jurisdiction of the legislative body.

Thus the test of necessity for privilege is a jurisdictional test. Very early on, when it was determined by the common law courts that the *lex et consuetudo Parliamenti* was not a separate law which was simply unknown to the courts, the courts were compelled to confront the following basic problem in respect of privilege. It was quite clear that a legislative body could not extend its privilege merely by declaring it extended by resolution; to permit the legislative body to so act would be to permit it to legislate without the necessary participation of King and Lords. If the legislative body was permitted to declare the law of privilege, it was possible that either through mistake or through abuse, wrongful incursion would be made into the common law. On the other hand, if the courts were to declare the validity of privilege, the common law might make improper incursion into the law of privilege. The solution to this dilemma was the adoption of the principle of

ner si la nécessité justifie l’existence du privilège revendiqué; dans l’affirmative et seulement à cette condition, les tribunaux n’en examineront pas l’exercice (à la p. 1168 E.R.):

^a [TRADUCTION] Dans le cas où la question relève de la compétence [de la Chambre des communes], nous ne pouvons certainement pas contester l’exercice de son jugement; toutefois, nous nous demandons maintenant si la question relève bien de la compétence de la Chambre des communes. On soutient que la Chambre peut en faire une question relevant de sa compétence en se déclarant compétente. J’ai déjà formulé ma réponse sur ce point: il est tout à fait clair qu’aucun de ces tribunaux ^c ne pourrait s’attribuer une compétence en décidant qu’il la possède.

Le critère de nécessité est appliqué non pas comme une norme pour juger le contenu du privilège revendiqué, mais pour déterminer le domaine nécessaire de compétence «parlementaire» ou «législative» absolue et exclusive. Si une question relève de cette catégorie nécessaire de sujets sans lesquels la dignité et l’efficacité de l’Assemblée ne sauraient être maintenues, les tribunaux n’examineront pas les questions relatives à ce privilège. Toutes ces questions relèveraient plutôt de la compétence exclusive de l’organisme législatif.

^f Ainsi, le critère de nécessité applicable au privilège est un critère qui a trait à la compétence. Très tôt, lorsque les tribunaux de common law ont établi que la *lex et consuetudo Parliamenti* ne constituait pas une loi distincte qui était simplement inconnue des tribunaux, les tribunaux ont été contraints de faire face au problème fondamental suivant qui existe en matière de privilège. Il était tout à fait évident qu’un organisme législatif ne pouvait élargir son privilège en adoptant simplement une résolution en ce sens; autoriser l’organisme législatif à agir ainsi reviendrait à lui permettre de légiférer sans la participation nécessaire du Roi et des lords. Si l’organisme législatif avait été autorisé à énoncer le droit en matière de privilèges, il aurait pu y avoir, par erreur ou abus, ingérence illicite dans la common law. Par ailleurs, si les tribunaux avaient pu déclarer valide le privilège, il y aurait pu y avoir ingérence injustifiée de la common law dans le droit en matière de privilège. Face à ce

necessity as a means of distinguishing areas of judicial and legislative body jurisdiction.

As noted above, *Stockdale v. Hansard* is the leading case. The court there rejected the argument that the courts will take cognizance of questions involving privilege only where the question was “incidentally” rather than “directly” before them. It was held that the courts were bound to decide an issue of privilege, however it arose, but that this decision must be subject to the recognition of an exclusive parliamentary jurisdiction. The parameters of this jurisdiction are set by what is necessary to the legislative body’s capacity to function. So defined, the principle of necessity will encompass not only certain claimed privileges, but also the power to determine, adjudicate upon and apply those privileges. Were the courts to examine the content of particular exercises of valid privilege, and hold some of these exercises invalid, they would trump the exclusive jurisdiction of the legislative body, after having admitted that the privilege in issue falls within the exclusive jurisdiction of the legislative body. The only area for court review is at the initial jurisdictional level: is the privilege claimed one of those privileges necessary to the capacity of the legislature to function? A particular exercise of a necessary privilege cannot then be reviewed, unless the deference and the conclusion reached at the initial stage be rendered nugatory.

In summary, it seems clear that, from an historical perspective, Canadian legislative bodies possess such inherent privileges as may be necessary to their proper functioning. These privileges are part of the fundamental law of our land, and hence are constitutional. The courts may determine if the privilege claimed is necessary to the capacity of the legislature to function, but have no power to

dilemme, on a adopté le principe de nécessité comme moyen d’établir une distinction entre les domaines de compétence des tribunaux et des organismes législatifs.

Comme je l’ai déjà fait remarquer, la décision de principe est *Stockdale c. Hansard*. Dans cette affaire, la cour a rejeté l’argument selon lequel les tribunaux ne connaissent de questions relatives au privilège que lorsqu’ils s’en trouvent saisis «de façon incidente» plutôt que «directement». On a conclu que les tribunaux étaient tenus de se prononcer sur une question de privilège, quelle que soit la façon dont elle s’est posée, mais que cette décision doit être assujettie à la reconnaissance d’une compétence parlementaire exclusive. Les paramètres de cette compétence sont déterminés par ce qui est nécessaire pour que l’organisme législatif soit capable de fonctionner. Selon cette définition, le principe de nécessité englobera non seulement certains privilèges revendiqués, mais aussi le pouvoir de déterminer, de trancher et d’appliquer ces privilèges. Si les tribunaux devaient examiner le mode d’exercice d’un privilège valide et conclure que, dans certains cas, le privilège a été exercé d’une façon non valide, ils se trouveraient alors à empiéter sur la compétence exclusive de l’organisme législatif, après avoir reconnu que le privilège en question relève de la compétence exclusive de cet organisme législatif. La seule chose qui peut être examinée par le tribunal est à l’étape initiale de l’examen de la compétence: le privilège revendiqué est-il un des privilèges nécessaires pour que la législature soit capable de fonctionner? L’exercice particulier d’un privilège nécessaire ne saurait alors faire l’objet d’un examen, sauf si la retenue manifestée et la conclusion formulée à l’étape initiale sont rendues inopérantes.

En résumé, il semble évident que, du point de vue historique, les organismes législatifs canadiens possèdent les privilèges inhérents qui peuvent être nécessaires à leur bon fonctionnement. Ces privilèges font partie de notre droit fondamental et sont donc constitutionnels. Les tribunaux peuvent déterminer si le privilège revendiqué est nécessaire pour que la législature soit capable de fonctionner, mais

review the rightness or wrongness of a particular decision made pursuant to the privilege.

The Pragmatic Argument: Necessity

I earlier alluded to scholarly and judicial opinion supporting the conclusion that Canadian legislative bodies possess such historically recognized constitutional privileges as may be necessary to their efficient functioning. Implicit in this conclusion is the assertion that, from a practical point of view, legislative bodies must possess certain inherent powers in order to properly discharge their functions.

As a general proposition, can unwritten constitutional privileges inherent to our legislative bodies be justified on the ground of necessity? Putting the matter differently, can our legislative bodies function properly, clothed only with those powers expressly conferred by our written constitutional documents? The answer to this question must, in my view, be negative. The importance of the unwritten constitutional right, for example, to speak freely in the House without fear of civil reprisal, is clear.

Among the specific privileges which arose in the United Kingdom are the following:

(a) freedom of speech, including immunity from civil proceedings with respect to any matter arising from the carrying out of the duties of a member of the House;

(b) exclusive control over the House's own proceedings;

(c) ejection of strangers from the House and its precincts; and

(d) control of publication of debates and proceedings in the House.

Erskine May, *supra*, provides convincing justifications for each of these privileges: see pp. 84, 90-91, 171-73, and 85-86 respectively. The need for the right of freedom of speech is so obvious as to require no comment. Nevertheless, it is worth underlining the element of free speech which

ne sont pas habilités à examiner si une décision particulière prise conformément au privilège est bonne ou mauvaise.

a L'argument pragmatique: la nécessité

J'ai déjà fait allusion à la doctrine et à la jurisprudence qui appuient la conclusion que les organismes législatifs canadiens possèdent les privilèges constitutionnels historiquement reconnus qui peuvent être nécessaires à leur bon fonctionnement. Cette conclusion sous-entend qu'en pratique les organismes législatifs doivent posséder certains pouvoirs inhérents pour bien s'acquitter de leurs fonctions.

Les privilèges constitutionnels non écrits inhérents à nos organismes législatifs peuvent-ils, en général, se justifier par la nécessité? En d'autres termes, nos organismes législatifs peuvent-ils bien fonctionner s'ils possèdent seulement les pouvoirs que leur confèrent expressément nos documents constitutionnels écrits? À mon avis, il faut répondre à cette question par la négative. Par exemple, le droit constitutionnel non écrit de s'exprimer librement à l'Assemblée sans crainte de poursuites civiles est nettement important.

Parmi les privilèges spécifiques qui ont pris naissance au Royaume-Uni, il y a les suivants:

a) la liberté de parole; y compris l'immunité contre les poursuites civiles relativement à toute affaire découlant de l'exercice des fonctions de membre de l'Assemblée;

b) le contrôle exclusif par l'Assemblée de ses propres débats;

c) l'expulsion des étrangers de l'Assemblée et de ses environs;

d) le contrôle de la publication des débats de l'Assemblée.

Erskine May, *op. cit.*, fournit des justifications convaincantes relativement à chacun de ces privilèges: voir les pp. 84, 90, 91, 171 à 173, ainsi que 85 et 86 respectivement. La nécessité de la liberté de parole est tellement évidente qu'elle se passe de commentaires. Néanmoins, il importe de souligner

touches on the privilege here asserted. Free speech in the House includes the right to undisturbed speech. If activities in the gallery disturb debate, whether because of noise, lights, or for whatever other reason, the House has traditionally possessed the right to remove the disturbance, even if this entails excluding the person or persons responsible.

The right of the House to be the sole judge of the lawfulness of its proceedings, is similarly evident; Erskine May states that this right is "fully established". In settling or departing from its own codes of procedure "the House can 'practically change or practically supersede the law'" (p. 90).

As for the right to exclude strangers from the galleries, Erskine May cites ancient usage that any member could require the exclusion of any person from the gallery at any time, without debate or reason. This power has now been referred to the Speaker, who alone has the power, whenever he or she sees fit, to order the withdrawal of strangers from any part of the House.

Finally, on the right to control publication of debates and proceedings, Erskine May states (at p. 85):

Closely connected with [the] power [to exclude strangers] is the right of either House to prohibit publication of debates or proceedings. The publication of the debates of either House has in the past repeatedly been declared to be a breach of privilege, and especially false and perverted reports of them . . .

Of the privileges described above, the one most directly put in issue on this appeal is the right of the House to exclude strangers. In Canada, this Court has ruled that legislative assemblies are not open to the public as of right: see *Payson v. Hubert* (1904), 34 S.C.R. 400. In that case it was recognized that access to the chamber of the Nova Scotia House of Assembly was strictly a matter of privilege which could be withdrawn at any time as a matter of decorum.

l'élément de liberté de parole qui touche au privilège revendiqué en l'espèce. La liberté de parole à l'Assemblée comprend le droit de parler sans être interrompu. Si les activités dans la tribune perturbent les débats, que ce soit à cause du bruit, de lumières ou de quoique ce soit d'autre, l'Assemblée a traditionnellement le droit de faire rétablir l'ordre, même si cela nécessite l'expulsion de la personne ou des personnes responsables.

Le droit de l'Assemblée d'être le seul juge de la légalité de ses débats est tout aussi évident; Erskine May dit que ce droit est [TRADUCTION] «parfaitement établi». En établissant ses propres codes de procédure ou en y dérogeant, [TRADUCTION] «l'Assemblée peut «en pratique modifier ou remplacer les règles de droit»» (p. 90).

Quant au droit d'expulser des étrangers des tribunes, Erskine May mentionne un usage ancien selon lequel un député pouvait exiger l'exclusion d'une personne de la tribune, sans débat ni motif. Ce pouvoir appartient maintenant au président de l'Assemblée, qui a seul le pouvoir, lorsqu'il le juge à propos, d'ordonner l'expulsion des étrangers de toute partie de l'Assemblée.

Enfin, en ce qui concerne le droit de contrôler la publication des débats, Erskine May affirme (à la p. 85):

[TRADUCTION] Le droit d'une chambre ou de l'autre d'interdire la publication de ses débats est étroitement lié [au] pouvoir [d'exclure des étrangers]. La publication des débats d'une chambre ou de l'autre a, à maintes reprises, dans le passé, été déclarée constituer une violation de privilège, tout particulièrement des rapports faux et déformés à ce sujet . . .

Parmi les privilèges ci-dessus décrits, c'est le droit de l'Assemblée d'exclure des étrangers qui est le plus directement contesté dans le présent pourvoi. Au Canada, notre Cour a décidé que les assemblées législatives ne sont pas accessibles de plein droit au public: voir *Payson c. Hubert* (1904), 34 R.C.S. 400. Dans cette affaire, on a reconnu que l'accès à l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse était strictement une question de privilège qui pouvait être retiré en tout temps pour préserver le décorum.

On this appeal, the Chief Justice, based on his review of the authorities and the character of privilege, accepts that Canadian legislative bodies have, as an inherent privilege, the right to exclude strangers. He states at p. 364: "Given the long-standing acceptance of the power to exclude strangers and to control the internal proceedings of the House as valid categories of privilege founded on necessity, in this country as well as in the United Kingdom . . . ; [the contrary] argument would be difficult to make." I agree.

The fact that this privilege has been upheld for many centuries, abroad and in Canada, is some evidence that it is generally regarded as essential to the proper functioning of a legislature patterned on the British model. However, it behooves us to ask anew: in the Canadian context of 1992, is the right to exclude strangers necessary to the functioning of our legislative bodies?

In my view, this privilege is as necessary to modern Canadian democracy as it has been to democracies here and elsewhere in past centuries. The legislative chamber is at the core of the system of representative government. It is of the highest importance that the debate in that chamber not be disturbed or inhibited in any way. Strangers can, in a variety of ways, interfere with the proper discharge of that business. It follows that the Assembly must have the right, if it is to function effectively, to exclude strangers. The rule that the legislative assembly should have the exclusive right to control the conditions in which that debate takes place is thus of great importance, not only for the autonomy of the legislative body, but to ensure its effective functioning.

But, it is argued, it is not necessary that the right be absolute. The courts should be given the power to monitor the exercise of this power to ensure that only those strangers who are truly disruptive are excluded. In my view, a system of court review, quite apart from the constitutional question of what

Dans le présent pourvoi, le Juge en chef, selon son examen de la jurisprudence et de la nature du privilège, accepte que les organismes législatifs canadiens possèdent, à titre de privilège inhérent, le droit d'exclure des étrangers. Il affirme, à la p. 364: «Cet argument [contraire] serait difficile à avancer étant donné que l'on reconnaît depuis longtemps que les pouvoirs d'exclure les étrangers et de contrôler les débats internes de l'Assemblée constituent des catégories valides de privilèges fondés sur la nécessité, dans notre pays et au Royaume-Uni . . . » Je suis d'accord avec ces propos.

Le fait que ce privilège ait été maintenu pendant plusieurs siècles, tant à l'étranger qu'au Canada, est une preuve qu'il est généralement considéré comme essentiel au bon fonctionnement d'une législature inspirée du modèle britannique. Toutefois, il faut de nouveau nous poser la question suivante: dans le contexte canadien de 1992, le droit d'exclure des étrangers est-il nécessaire au bon fonctionnement de nos organismes législatifs?

À mon avis, ce privilège est tout autant nécessaire pour la démocratie canadienne qu'il l'a été pour les démocraties d'ici et d'ailleurs au cours des siècles passés. L'assemblée législative est l'élément essentiel du système de gouvernement représentatif. Il est de la plus haute importance que les débats qui s'y déroulent ne soient pas perturbés ni paralysés d'aucune façon. Des étrangers peuvent, de diverses façons, entraver la bonne marche des travaux de cette assemblée. L'Assemblée doit donc avoir le droit d'exclure des étrangers si elle veut être en mesure de fonctionner efficacement. La règle selon laquelle l'assemblée législative devrait avoir le droit exclusif de contrôler les conditions dans lesquelles se déroulent ces débats revêt donc une grande importance pour assurer non seulement l'autonomie de l'organisme législatif, mais aussi son fonctionnement efficace.

Toutefois, fait-on valoir, il n'est pas nécessaire que ce droit soit absolu. Les tribunaux devraient pouvoir surveiller l'exercice de ce droit afin d'assurer que seuls les étrangers véritablement gênants soient exclus. À mon avis, un système de contrôle judiciaire créerait ses propres problèmes, indépen-

right the courts have to interfere in the internal process of another branch of government, would bring its own problems. The ruling of the Assembly would not be final. The Assembly would find itself caught up in legal proceedings and appeals about what is disruptive and not disruptive. This in itself might impair the proper functioning of the chamber. This lends support to the venerable and accepted proposition that it is necessary to the proper functioning of a legislative assembly modeled on the Parliamentary system of the United Kingdom that the Assembly possess the absolute right to exclude strangers from its proceedings, when it deems them to be disruptive of its efficacious operation.

What then of the right of the public to attend the debates of the legislative body? It is not necessary on this appeal to consider the case of an attempt to exclude all members of the public, or certain groups of the public, and conduct the business of the House in private, although it may be noted that the English tradition would support the right of the House to debate in private. The issue here is the power of the legislative assembly to restrict what members of the public attending the proceedings may do while in the chamber, and to expel them if they refuse to comply. More specifically, the issue is the right of the media to film proceedings with their own cameras, and to enjoy control over the subsequent production and use of the film taken. The Speaker of the House of Assembly of Nova Scotia is of the view that access of this sort would interfere with the decorum and the efficacious proceedings of the House and has ruled against it. In doing so, he acts within the ambit of his constitutional power to control attendance in the House. There is no more cause for a court to review that decision than there would be for the legislature to review the decision of a court to exclude activities in the courtroom which it deems to interfere with the business of the court.

It may be added that the historical record suggests that the danger of abuse of the Speaker's

damment de la question constitutionnelle de savoir quel droit les tribunaux ont-ils de s'immiscer dans le processus interne d'une autre branche du gouvernement. La décision de l'Assemblée ne serait pas définitive. L'Assemblée se trouverait aux prises avec des poursuites judiciaires et des appels au sujet de ce qui est gênant et de ce qui ne l'est pas, ce qui pourrait en soi entraver son bon fonctionnement. Cela vient appuyer la proposition séculaire et acceptée selon laquelle il est nécessaire au bon fonctionnement d'une assemblée législative inspirée du système parlementaire du Royaume-Uni que cette assemblée possède le droit absolu d'exclure des étrangers de son enceinte lorsqu'elle estime que leur présence l'empêche de fonctionner efficacement.

Qu'en est-il alors du droit du public d'assister aux débats de l'organisme législatif? Il n'est pas nécessaire en l'espèce d'examiner le cas d'une tentative d'exclure tous les membres du public, ou certains groupes du public, et de diriger les débats de l'Assemblée en privé, quoiqu'on puisse souligner que la tradition anglaise appuierait le droit de l'Assemblée de délibérer en privé. Ce qui est en cause ici c'est le pouvoir de l'assemblée législative de limiter ce que les membres du public assistant aux débats peuvent faire pendant qu'ils sont dans l'enceinte de l'Assemblée, et de les expulser s'ils refusent d'obtempérer à l'ordre qui leur est donné. Plus précisément, le présent pourvoi porte sur le droit des médias de filmer les débats avec leurs propres caméras, et d'exercer un contrôle sur la production et l'utilisation subséquente du film. Le président de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse est d'avis que ce type d'accès nuirait au décorum et au déroulement efficace des débats de l'Assemblée et il s'y est opposé. Ce faisant, il agit dans les limites de son pouvoir constitutionnel de contrôler l'assistance aux travaux de l'assemblée législative. Un tribunal n'est pas plus justifié de contrôler cette décision que ne le serait la législature de contrôler la décision d'un tribunal d'interdire, dans la salle d'audience, des activités qu'il estime nuisible au déroulement de ses procédures.

On peut ajouter que l'histoire démontre qu'il y a peu de risques que le président abuse de son pou-

power to control proceedings in the House, even to the point of excluding strangers, is not grave. The right to exclude strangers has been recognized in the United Kingdom for centuries and in this country for well over one hundred years without adverse effect. And the legislative assembly always faces the ultimate sanction, that of the voters.

I add this. Our democratic government consists of several branches: the Crown, as represented by the Governor General and the provincial counterparts of that office; the legislative body; the executive; and the courts. It is fundamental to the working of government as a whole that all these parts play their proper role. It is equally fundamental that no one of them overstep its bounds, that each show proper deference for the legitimate sphere of activity of the other.

Traditionally, each branch of government has enjoyed autonomy in how it conducts its affairs. The *Charter* has changed the balance of power between the legislative branch and the executive on the one hand, and the courts on the other hand, by requiring that all laws and government action must conform to the fundamental principles laid down in the *Charter*. As a practical matter, this means that, subject to the override provision in s. 33 of the *Charter*, the courts may be called upon to rule that laws and government acts are invalid. To this extent, the *Charter* has impinged on the supreme authority of the legislative branches. What we are asked to do in this case is to go further, much further. We are asked to say that the *Charter* not only removed from the legislative bodies the right to pass whatever laws they might choose to adopt, but that it removed the long-standing constitutional right of Parliament and the legislative assemblies to exclude strangers, subjecting the determination by the Speaker of what is disruptive of the operation of the Assembly to the superior review of the courts. I see nothing in the *Charter* that would mandate or justify taking the reallocation of powers which it effected to this extreme.

voir de contrôler les débats de l'Assemblée, même au point d'exclure des étrangers. Le droit d'exclure des étrangers est reconnu au Royaume-Uni depuis des siècles et au Canada, depuis plus d'une centaine d'années et il n'a pas causé de problème. Et l'assemblée législative est toujours exposée à la sanction ultime, celle des électeurs.

J'ajoute ceci. Notre gouvernement démocratique comporte plusieurs branches: la Couronne représentée par le gouverneur général et ses homologues provinciaux, l'organisme législatif, l'exécutif et les tribunaux. Pour assurer le fonctionnement de l'ensemble du gouvernement, il est essentiel que toutes ces composantes jouent le rôle qui leur est propre. Il est également essentiel qu'aucune de ces branches n'outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l'autre.

Traditionnellement, chaque branche du gouvernement a joui d'une autonomie dans la façon de conduire ses affaires. La *Charte* a modifié l'équilibre des forces entre la branche législative et l'exécutif, d'une part, et les tribunaux, d'autre part, en exigeant que toutes les lois et mesures gouvernementales soient conformes aux principes fondamentaux énoncés dans celle-ci. En pratique, cela signifie que, sous réserve de la disposition prépondérante de l'art. 33 de la *Charte*, les tribunaux peuvent être appelés à déclarer non valides des lois et des actes gouvernementaux. Dans cette mesure, la *Charte* a empiété sur la compétence suprême des branches législatives. Ce que l'on nous demande de faire en l'espèce est d'aller plus loin, beaucoup plus loin. On nous demande d'affirmer que la *Charte* a non seulement enlevé aux corps législatifs le droit d'adopter les lois qu'ils désirent, mais aussi qu'elle a éliminé le droit constitutionnel que le Parlement et les assemblées législatives possèdent depuis longtemps d'exclure des étrangers et d'assujettir au contrôle supérieur des tribunaux la décision du président quant à ce qui gêne le fonctionnement de l'Assemblée. Je ne vois rien dans la *Charte* qui exigerait ou justifierait de procéder à la réaffectation des pouvoirs concernés.

I conclude that the legislative assembly of Nova Scotia possesses an inherent constitutional right to exclude strangers from its chamber, where it concludes their presence is disruptive of the Assembly's business.

Effect of Conclusion that Privilege Exists

Having concluded that the Assembly had the constitutional right to do what it did, it follows that the *Charter* cannot cut down that right, on the principle that one part of the Constitution cannot abrogate another part of the Constitution.

It is necessary, however, to consider the argument, accepted by my colleague Cory J., that we are here concerned with the exercise of a constitutional power and that the exercise of constitutional powers is subject to the *Charter* on the reasoning found in *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158. With respect, this argument begs the critical question of whether the right claimed is a constitutional power, as asserted by the appellant, or whether it is merely an act in the exercise of a constitutional power. To adopt the language of the *Electoral Boundaries Reference*, the important question is whether we are here treating the fruit of the legislative tree, or the tree itself. In the latter, the argument that the privilege claimed is constitutional cannot be dismissed by reliance on the reasons given in the *Electoral Boundaries Reference*. The test is whether to accede to the *Charter* argument would amount to negating or removing a constitutional power. If so, the *Charter* does not apply.

The distinction between using the *Charter* to negate another constitutional provision and using the *Charter* to ensure that the exercise of a constitutional provision conforms with the *Charter* is illustrated by comparing two cases: *Reference re*

Je conclus que l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse possède un droit constitutionnel inhérent d'exclure des étrangers de son enceinte lorsqu'elle conclut que leur présence gêne son fonctionnement.

L'incidence d'une conclusion à l'existence d'un privilège

Ayant conclu que l'Assemblée avait le droit constitutionnel de faire ce qu'elle a fait, il s'ensuit que la *Charte* ne peut supprimer ce droit, en vertu du principe qu'une partie de la Constitution ne peut en abroger une autre.

Toutefois, il est nécessaire d'examiner l'argument, accepté par mon collègue le juge Cory, que ce qui nous intéresse en l'espèce c'est l'exercice d'un pouvoir constitutionnel et le fait que l'exercice de pouvoirs constitutionnels est assujéti à la *Charte* selon le raisonnement adopté dans le *Renvoi relatif à la délimitation de circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158. En toute déférence, cet argument présume de la réponse à la question critique de savoir si le droit revendiqué est un pouvoir constitutionnel, comme le fait valoir l'appelant, ou s'il s'agit simplement d'un acte accompli dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel. Pour employer les propos utilisés dans le *Renvoi relatif à la délimitation de circonscriptions électorales*, la question importante est de savoir si nous traitons du fruit de l'arbre législatif ou de l'arbre lui-même. Dans ce dernier cas, on ne saurait, pour les motifs exposés dans le *Renvoi relatif à la délimitation de circonscriptions électorales*, rejeter l'argument selon lequel le privilège revendiqué est constitutionnel. Il s'agit de savoir si retenir l'argument fondé sur la *Charte* reviendrait à supprimer ou à retirer un pouvoir constitutionnel. Dans l'affirmative, la *Charte* ne s'applique pas.

En comparant deux arrêts, savoir le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, précité, et le *Renvoi relatif à la délimitation de circonscriptions électorales*, on se rend compte de la distinction qui existe entre l'utilisation de la *Charte* comme moyen de supprimer une autre disposition constitutionnelle et l'utilisa-

Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.), supra, and the Electoral Boundaries Reference.

In the *Education Reference* this Court ruled that the *Charter* could not be used to strike down legislation relating to Catholic schools notwithstanding the allegation that it was discriminatory, because to do so would be to impinge on a constitutional power. The question was whether the Ontario government's plan to extend funding to Roman Catholic separate schools infringed provisions of the *Charter*. It was held that the province had power under s. 93 of the *Constitution Act, 1867* to legislate in a selective and distinguishing manner in respect of education, whether or not the result of such legislation might be thought discriminatory. Agreeing with the finding of the majority that the *Charter* cannot be applied so as to abrogate or derogate from rights or privileges guaranteed by the Constitution, Estey J. put the relevant point in the following clear language (at pp. 1206-7):

The role of the *Charter* is not envisaged in our jurisprudence as providing for the automatic repeal of any provisions of the Constitution of Canada which includes all of the documents enumerated in s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Action taken under the *Constitution Act, 1867* is of course subject to *Charter* review. That is a far different thing from saying that a specific power to legislate as existing prior to April 1982 has been entirely removed by the simple advent of the *Charter*. It is one thing to supervise and on a proper occasion curtail the exercise of a power to legislate; it is quite another thing to say that an entire power to legislate has been removed from the Constitution by the introduction of this judicial power of supervision. The power to establish or add to a system of Roman Catholic separate schools found in s. 93(3) expressly contemplates that the province may legislate with respect to a religiously-based school system funded from the public treasury. Although the *Charter* is intended to constrain the exercise of legislative power conferred under the *Constitution Act, 1867* where the delineated rights of individual members of the community are adversely affected, it cannot be interpreted as rendering unconstitutional distinctions that are expressly permitted by the *Constitution Act, 1867*.

tion de la *Charte* pour assurer que l'application d'une disposition constitutionnelle est conforme à celle-ci.

Dans le *Renvoi sur l'éducation*, notre Cour a conclu que la *Charte* ne pouvait être utilisée pour abroger une loi, malgré l'allégation qu'elle était discriminatoire, concernant le financement des écoles catholiques parce que ce serait empiéter sur un pouvoir constitutionnel. La question était de savoir si le plan du gouvernement de l'Ontario d'octroyer des fonds aux écoles catholiques séparées contrevenait à la *Charte*. On a conclu que l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* conférerait à la province la compétence pour légiférer d'une manière sélective et en opérant des distinctions dans le domaine de l'éducation, peu importe que le résultat puisse être considéré comme discriminatoire. Souscrivant à la conclusion des juges formant la majorité que la *Charte* ne saurait être appliquée de façon à abroger les droits ou privilèges garantis par la Constitution ou à y déroger, le juge Estey formule clairement le point pertinent (aux pp. 1206 et 1207):

Le rôle de la *Charte* n'est pas conçu dans notre philosophie du droit comme opérant automatiquement l'abrogation de dispositions de la Constitution du Canada, laquelle inclut tous les documents énumérés à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Une action fondée sur la *Loi constitutionnelle de 1867* est bien entendu assujettie au contrôle de la *Charte*. C'est là une chose fort différente que de dire qu'une compétence législative expresse, existant avant avril 1982, a été entièrement supprimée par la simple arrivée de la *Charte*. C'est une chose de contrôler et, lorsque cela s'impose, de restreindre l'exercice d'un pouvoir de légiférer; c'en est une tout autre que de dire qu'une compétence législative entière a été supprimée de la Constitution par l'introduction de ce pouvoir judiciaire de contrôle. Le pouvoir de créer un réseau d'écoles séparées catholiques ou de l'agrandir, qu'on trouve au par. 93(3), prévoit expressément que la province peut légiférer relativement à un système scolaire reposant sur la religion financé à même le trésor public. Certes, on a voulu que la *Charte* limite l'exercice des compétences législatives conférées par la *Loi constitutionnelle de 1867*, lorsqu'il est porté atteinte aux droits y énoncés des individus composant la société; mais elle ne saurait être interprétée comme rendant *ipso facto* inconstitutionnelles les distinctions expressément autorisées par la *Loi constitutionnelle de 1867*.

To put it another way, the province's constitutional power to provide for separate education gave it the constitutional right to discriminate between groups. To deny that power on the ground that it infringed the *Charter* would be to diminish or abrogate the very power which the Constitution conferred on the province. This the *Charter* cannot do.

This may be contrasted with the situation in the *Electoral Boundaries Reference*. The case proceeded on the basis that a constitutional convention authorized the provinces to set their electoral boundaries. That power was not at issue. What was at issue was whether, pursuant to that power, the province could pass legislation which violated the right to vote guaranteed by s. 3 of the *Charter*. The answer to that question was negative. I had occasion to say (at p. 179) that "[a]lthough legislative jurisdiction to amend the provincial constitution cannot be removed from the province without a constitutional amendment and is in this sense above *Charter* scrutiny, the provincial exercise of its legislative authority is subject to the *Charter* . . ." In other words, what was in issue was not the power to legislate, but the "fruit" of that power, a law setting out certain electoral boundaries. The legislation in question was subject to the *Charter* because striking down the law would not accomplish the constitutionally impermissible act of removing from the province the very power to create these boundaries.

In this case, the issue is not the fruit of the constitutional tree (the exercise of a power), but the tree itself (the existence of the power). The trial judge put the matter clearly:

[The court] is not asked to adjudicate whether the House was right or wrong in refusing the plaintiffs access to the galleries of the House in order to televise proceedings. Rather, it is asked to declare whether the plaintiffs have such a right of access. In other words, it is asked to

En d'autres termes, le pouvoir constitutionnel de la province de fournir un réseau d'écoles séparées lui donnait le droit constitutionnel d'établir des distinctions entre les groupes. Lui refuser ce pouvoir pour le motif qu'il porte atteinte à la *Charte* reviendrait à diminuer ou à abroger le pouvoir même que la Constitution a accordé à la province, ce que ne saurait faire la *Charte*.

On peut comparer cela avec ce qui s'est passé dans le *Renvoi relatif à la délimitation de circonscriptions électorales*. Dans cette affaire, on était parti de la prémisse qu'une convention constitutionnelle autorisait les provinces à fixer les limites de leurs circonscriptions électorales. Ce pouvoir n'était pas contesté. La question en litige était de savoir si la province pouvait, conformément à ce pouvoir, adopter une loi qui violait le droit de vote garanti par l'art. 3 de la *Charte*. On a répondu à cette question par la négative. J'ai eu alors l'occasion d'affirmer (à la p. 179) que «[b]ien que la compétence législative des provinces de modifier leur constitution ne saurait leur être retirée sans modification constitutionnelle et qu'en ce sens, elle échappe à tout examen fondé sur la *Charte*, l'exercice par les provinces de leur compétence législative est assujéti à la *Charte*.» En d'autres termes, ce qui était contesté était non pas le pouvoir de légiférer, mais le «fruit» de ce pouvoir, une loi établissant certaines circonscriptions électorales. La loi en question était assujéti à la *Charte* parce que le fait de la rendre inopérante n'aurait pas pour effet d'accomplir ce que la constitution interdit, en l'occurrence retirer à la province le pouvoir même de créer ses circonscriptions électorales.

En l'espèce, ce qui est en cause est non pas le fruit de l'arbre constitutionnel (l'exercice d'un pouvoir), mais l'arbre lui-même (l'existence du pouvoir). Le juge de première instance formule clairement la question:

[TRADUCTION] On ne demande pas [au tribunal] de décider si l'Assemblée a eu raison ou tort de refuser aux demanderesse l'accès aux tribunes de l'Assemblée aux fins de la télédiffusion des débats. On lui demande plutôt de déterminer si les demanderesse possèdent ce

ascertain and declare whether a particular privilege exists or does not exist in law.

((1990), 71 D.L.R. (4th) 23, at p. 47.)

It follows that this appeal is governed by the *Education Reference* rather than the *Electoral Boundaries Reference*. The issue is not the way in which the Speaker has chosen to exercise a conceded constitutional power. Indeed, it is accepted that where power is conferred on a legislative body by inherent privilege, the courts cannot, by the nature of that privilege itself, enquire into the manner in which it is exercised. The issue is—indeed the issue can only be—whether the Assembly has a constitutional power to exclude strangers from its deliberations. If this Court were to rule that the Assembly could not do this, this Court would be taking away a constitutional power possessed by the Assembly. At issue, in other words, is the constitutional “tree” itself, rather than the fruit of the tree. It is therefore no answer to a claim for constitutional privilege to say that it constitutes the mere exercise of a constitutional power.

I conclude that the legislative assembly having acted within its constitutional powers, the *Charter* does not apply to its conduct.

I should add that since writing these reasons I have had the opportunity of reading the reasons of La Forest J. and agree with his comments.

C. Disposition

I would answer the stated constitutional questions as follows:

1. Does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the members of the House of Assembly when exercising their privileges as members?

Answer: The *Charter* does not apply to the members of the Nova Scotia House of Assembly when they exercise their inherent privileges, since the

droit d'accès. En d'autres termes, on lui demande de déterminer si un privilège particulier existe ou non en droit.

((1990), 71 D.L.R. (4th) 23, à la p. 47.)

Il s'ensuit que le présent pourvoi est régi par le *Renvoi sur l'éducation* plutôt que par le *Renvoi relatif à la délimitation de circonscriptions électorales*. La question ne porte pas sur la façon dont le président a choisi d'exercer un pouvoir constitutionnel reconnu. En fait, on accepte que, dans le cas où un pouvoir est conféré à un organisme législatif en vertu d'un privilège inhérent, les tribunaux ne peuvent, en raison de la nature de ce privilège même, examiner la façon dont il a été exercé. Il s'agit—et en fait il peut seulement s'agir—de déterminer si l'Assemblée possède un pouvoir constitutionnel d'exclure les étrangers de ses débats. Si notre Cour devait décider que l'Assemblée ne pouvait le faire, elle se trouverait à enlever à l'Assemblée un pouvoir constitutionnel qu'elle possède. En d'autres termes, ce qui est en cause c'est l'«arbre» constitutionnel lui-même, plutôt que son «fruit». On ne saurait donc répondre, à une revendication de privilège constitutionnel, qu'il s'agit du simple exercice d'un pouvoir constitutionnel.

Je conclus que la *Charte* ne s'applique pas à la conduite de l'assemblée législative puisqu'elle a agi dans les limites de ses pouvoirs constitutionnels.

Je tiens à ajouter que, depuis que j'ai écrit les présents motifs, j'ai pris connaissance des motifs du juge La Forest et je suis d'accord avec ses observations.

C. Dispositif

Je suis d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles énoncées:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle aux membres de l'Assemblée législative lorsqu'ils exercent leurs privilèges de députés?

Réponse: La *Charte* ne s'applique pas aux membres de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse lorsqu'ils exercent leurs privilèges

inherent privileges of a legislative body such as the Nova Scotia House of Assembly enjoy constitutional status.

2. If the answer to question 1 is yes, does exercising a privilege so as to refuse access to the media to the public gallery to record and relay to the public proceedings of the House of Assembly by means of their cameras contravene s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Given my answer to the first question, it is not necessary that I answer the second constitutional question.

3. If the answer to question 2 is yes, is such a refusal a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Given my answer to the first question, it is not necessary that I answer the third constitutional question.

I would allow the appeal and set aside the order of the trial judge, as amended by the Court of Appeal of Nova Scotia.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I have had the benefit of reading the reasons of the Chief Justice and Justices Cory and McLachlin, but regrettably, while I agree with much that is said in each of the reasons, I cannot agree with the conclusion reached. Both the Chief Justice and McLachlin J. find that the impugned rule or practice of the legislative assembly is immune from scrutiny under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but on different grounds. I find their respective reasons for disagreeing with the ground of immunity selected by the other equally compelling. As a result, I have concluded that no such immunity exists. I have only a few comments to add to what they have said.

inhérents, puisque les privilèges inhérents d'un organisme législatif comme l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse bénéficient d'un statut constitutionnel.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'exercice d'un privilège pour refuser l'accès aux médias à la tribune du public, afin de les empêcher d'enregistrer et de retransmettre au public les débats de l'Assemblée législative au moyen de leurs caméras, contrevient-il à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Vu la réponse que j'ai donnée à la première question, il n'est pas nécessaire que je réponde à la deuxième question constitutionnelle.

3. Si la réponse à la deuxième question est affirmative, pareil refus constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Vu la réponse que j'ai donnée à la première question, il n'est pas nécessaire que je réponde à la troisième question constitutionnelle.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'ordonnance du juge de première instance, telle qu'elle a été modifiée par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par le Juge en chef et par les juges Cory et McLachlin mais, bien que je sois pour une grande part d'accord avec ce qui est dit dans chacun de ces motifs, je suis, avec regret, en désaccord avec la conclusion tirée. Le Juge en chef et le juge McLachlin concluent que la règle ou pratique contestée de l'assemblée législative n'est pas sujette à un examen fondé sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais pour des raisons différentes. Les motifs pour lesquels chacun d'eux est en désaccord avec le fondement de l'immunité retenu par l'autre sont, à mon avis, tout aussi convaincants. En conséquence, je conclus que l'immunité n'existe pas. Je n'ai que quelques commentaires à ajouter à ce qu'ils ont dit.

With respect to the application of s. 32, I find the words “within the authority of the legislature” to be of significance. This was a large factor in the reasoning in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, in which this Court held that decisions of Cabinet were subject to the *Charter*. At pages 463-64, Wilson J. stated:

... those words of limitation [“within the authority of Parliament”], like the corresponding words “within the authority of the legislature of each province” in s. 32(1)(b), are merely a reference to the division of powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. They describe the subject-matters in relation to which the Parliament of Canada may legislate or the government of Canada may take executive action. As Le Dain J. points out, the royal prerogative is “within the authority of Parliament” in the sense that Parliament is competent to legislate with respect to matters falling within its scope. Since there is no reason in principle to distinguish between cabinet decisions made pursuant to statutory authority and those made in the exercise of the royal prerogative, and since the former clearly fall within the ambit of the *Charter*, I conclude that the latter do so also.

Similarly, the privileges of the members of the legislative assembly are subject to legislation by the province as part of the constitution of the province. In *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600 (P.C.), at pp. 610-11, Lord Halsbury L.C. stated:

It surely cannot be contended that the independence of the provincial legislatures from outside interference, its protection, and the protection of its members from insult while in the discharge of their duties, are not matters which may be classed as part of the constitution of the province, or that legislation on such matters would not be aptly and properly described as part of the constitutional law of the province.

The exercise of those privileges, whether by legislation or by rules or practices of the legislative assembly, are matters “within the authority of the legislature” and therefore subject to s. 32. This conclusion would apply unless, as suggested in the reasons of McLachlin J., the rights and privileges are part of the Constitution of Canada and there-

Pour ce qui concerne l'application de l'art. 32, j'estime que l'expression «relevant de [la] législature» est importante. Elle a constitué un facteur important du raisonnement adopté dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, où notre Cour a décidé que les décisions du Cabinet étaient assujetties à la *Charte*. Voici ce que dit le juge Wilson aux pp. 463 et 464:

... cette réserve [«relevant du Parlement»], comme son pendant «relevant de cette législature» (la législature de chaque province) à l'al. 32(1)b), n'est qu'un renvoi au partage des compétences prévu aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ils décrivent les matières à l'égard desquelles le Parlement du Canada peut légiférer ou le gouvernement du Canada peut agir en tant qu'exécutif. Comme le juge Le Dain le note, la prérogative royale est un domaine «relevant du Parlement» en ce sens que le Parlement détient la compétence pour légiférer sur des matières relevant de son domaine. Comme il n'existe aucune raison de principe de distinguer entre les décisions du cabinet prises en vertu de la loi et celles prises dans l'exercice de la prérogative royale, et comme les premières relèvent manifestement de la *Charte*, je conclus que c'est le cas aussi pour les dernières.

De même, les privilèges des membres de l'assemblée législative sont assujettis aux lois de la province en ce qu'ils font partie de la constitution de la province. Dans *Fielding c. Thomas*, [1896] A.C. 600 (C.P.), à la p. 610, le lord chancelier Halsbury dit ceci:

[TRADUCTION] On ne saurait sûrement pas prétendre que l'indépendance de la législature provinciale par rapport à l'ingérence venant de l'extérieur, sa protection et la protection de ses membres contre les insultes dans l'exercice de leurs fonctions ne sont pas des questions qui peuvent être considérées comme faisant partie de la constitution de la province, ou qu'une loi sur ces questions ne serait pas décrite de façon adéquate et pertinente comme faisant partie du droit constitutionnel de la province.

L'exercice de ces privilèges, par des lois ou par des règles ou pratiques de l'assemblée législative, est un domaine «relevant de cette législature» et donc assujetti à l'art. 32. Cette conclusion doit être retenue à moins que, comme le juge McLachlin le suggère dans ses motifs, les droits et privilèges fassent partie de la Constitution du Canada et, de ce

fore not subject to provincial legislation. I turn to consider this proposition.

The difficulty I have with the approach of my colleague, McLachlin J., is that in order to immunize certain privileges from *Charter* review, she finds that they are part of the Constitution of Canada. This occurs because they are referred to in the preamble to the *Constitution Act, 1867*. I would find it unusual that the framers of the *Constitution Act, 1867* intended to entrench certain privileges by a general reference in the preamble but not the constitution of the province as a whole, which is specifically continued in force by s. 88 of that Act. As a result, contrary to *Fielding v. Thomas*, these privileges would arguably not be subject to provincial legislation and any change would require an amendment to the Constitution of Canada pursuant to s. 43, or indeed s. 38, of the *Constitution Act, 1982*. Except for these privileges, the rest of the constitution of the province would remain subject to provincial legislation. It seems to me that the prospect of losing legislative control over its rights and privileges would be a high price for the appellant to pay in order to escape the *Charter*. One would expect something more than a general reference to "a Constitution similar in Principle" in a preamble in order to have this effect. In *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234, La Forest J., for the majority, held that s. 110 of *The North-West Territories Act*, R.S.C. 1886, c. 50 (as am. by S.C. 1891, c. 22, s. 18), was not entrenched by the terms of the *Saskatchewan Act*, S.C. 1905, c. 42. He stated, at p. 271:

Not only is the province empowered to legislate respecting procedure in the courts under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*; it is also given power under s. 45 of the *Constitution Act, 1982* to amend the constitution of the province. But that is not all. Parliament knew full well how to entrench a provision if it wished to do so, namely, by expressly providing for language rights in the *Saskatchewan Act* as it did in the case of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*. Such provisions, in common with s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, are constitutionally protected and do not fall within the province's legisla-

fait, ne soient pas assujettis aux lois de la province. J'examine maintenant cette proposition.

Le problème que suscite l'approche adoptée par ma collègue le juge McLachlin tient à ce que, pour soustraire certains privilèges à un examen fondé sur la *Charte*, elle conclut d'abord qu'ils font partie de la Constitution du Canada. La raison en est qu'ils sont visés par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je trouverais curieux que les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* aient eu l'intention de consacrer certains privilèges au moyen d'une mention générale dans le préambule mais pas la constitution dans son ensemble qui est expressément maintenue en vigueur par l'art. 88 de cette loi constitutionnelle. En conséquence, contrairement à ce que dit l'arrêt *Fielding c. Thomas*, on pourrait soutenir que ces privilèges ne sont pas assujettis aux lois de la province et ne pourraient être modifiés que par modification de la Constitution du Canada en vertu de l'art. 43, ou encore de l'art. 38, de la *Loi constitutionnelle de 1982*. À part ces privilèges, l'ensemble de la constitution de la province demeurerait assujettie aux lois de la province. Il me semble que la perspective de la perte de tout contrôle législatif sur ses droits et privilèges serait un prix bien cher à payer par l'appelant pour les soustraire à l'application de la *Charte*. Pour produire un tel effet, on s'attendrait à plus que la simple mention générale, dans un préambule, d'une «constitution semblable dans [le] principe». Dans l'arrêt *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, le juge La Forest, au nom de la majorité, a conclu que l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, ch. 50 (mod. par S.C. 1891, ch. 22, art. 18), n'avait pas été enchâssé par la *Loi sur la Saskatchewan*, S.C. 1905, ch. 42. Il dit ceci à la p. 271:

Non seulement la législature provinciale est-elle habilitée à légiférer relativement à la procédure devant les tribunaux aux termes du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais encore elle a le pouvoir en vertu de l'art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* de modifier la constitution de la province. Toutefois, ce n'est pas tout. Le Parlement savait très bien comment enchâsser une disposition s'il voulait le faire, c'est-à-dire en prescrivant expressément des droits linguistiques dans la *Loi sur la Saskatchewan* comme il l'a fait dans le cas de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. De telles

tive capacity to amend its constitution or otherwise; see *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [[1979] 2 S.C.R. 1016], at pp. 1023-25.

It must be remembered that the *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, which is relied on for the principle that would immunize these privileges from *Charter* review, involved a section of the *Constitution Act, 1867* which specifically authorized legislation that could not be reconciled with s. 15 of the *Charter*.

With respect to the reasons of my colleague, Cory J., while I agree that s. 2(b) may be engaged, I would allow the appeal because, in my view, any restriction on s. 2(b) is justified under s. 1 of the *Charter*. In this regard, the restriction on s. 2(b) must be dealt with on the basis of the current situation. As a result of a special study conducted by the legislative assembly, the original prohibition was relaxed in favour of the installation of the "electronic Hansard". The cameras of the "electronic Hansard" are in the control of the Assembly. They record the member recognized by the Speaker as having the floor. A direct feed of the "electronic Hansard" is available to the media who are thus enabled to broadcast the proceedings live or tape them.

Viewed in light of this development, the effect of the impugned restriction is that members of the media are not allowed to have their hand-held cameras in the public gallery. The effect on the publication of news is that they are prevented from obtaining the reaction of the members who are not speaking. Presumably this may on occasion detract from the atmosphere of what is going on and no doubt may from time to time deprive the public of a considerable source of amusement.

I accept that the inability to gather news can occasion a restriction on freedom of expression if it interferes with disseminating the news. The respondent alleges that it is prevented from determining the focus of the camera and hence is precluded from showing the atmosphere of the cham-

dispositions, en accord avec l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sont protégées par la Constitution et ne relèvent pas du pouvoir législatif de la province de modifier notamment sa constitution; voir l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [[1979] 2 R.C.S. 1016], aux pp. 1023 et 1025.

Il ne faut pas oublier que le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, qui est invoqué à l'appui du principe qui soustrairait ces privilèges à l'application de la *Charte*, visait un article de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui autorisait expressément des lois incompatibles avec l'art. 15 de la *Charte*.

Pour ce qui est des motifs rédigés par mon collègue le juge Cory, je suis d'accord que l'al. 2b) pourrait entrer en jeu, mais j'accueillerais néanmoins le pourvoi puisqu'à mon avis, une restriction à l'al. 2b) est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. À cet égard, la restriction apportée à l'al. 2b) doit être examinée en fonction de la situation actuelle. À la suite d'une étude spéciale faite par l'assemblée législative, l'interdiction initiale a été assouplie par l'installation d'un «compte rendu officiel électronique». À cette fin, des caméras placées sous le contrôle de l'Assemblée filment le député à qui le président donne la parole. Les médias peuvent utiliser directement ce compte rendu officiel électronique et peuvent donc télédiffuser les débats ou les enregistrer.

Compte tenu de cette nouvelle situation, l'effet de la restriction contestée est de ne pas autoriser les représentants de la presse à utiliser des caméras portatives dans la tribune du public. Son effet sur la publication des nouvelles est d'empêcher la diffusion de la réaction des députés qui n'ont pas la parole. Il se peut que cela empêche parfois de rendre l'atmosphère de ce qui se passe et il est certain que cela peut priver aussi le public d'une source importante de divertissement.

J'accepte la proposition selon laquelle l'impossibilité de réunir l'information peut occasionner une restriction à la liberté d'expression si elle fait obstacle à la diffusion de l'information. L'intimée soutient qu'on l'empêche de choisir l'angle de la caméra et qu'elle ne peut donc pas montrer l'at-

ber including the non-verbal conduct of the members. This Court has not determined whether the protection of s. 2(b) extends not only to the gathering and dissemination of news but to the means by which that is done. That determination will have implications far beyond the facts of this case and I prefer not to make it here. Assuming that the restriction complained of is a violation of s. 2(b), I am satisfied that it is justified under s. 1 of the *Charter*.

There can be no doubt that the exercise of this historic privilege is a pressing and substantial objective. I accept the submission of the appellant that the objective is to maintain order and decorum and ensure the smooth functioning of the legislative assembly. I cannot accept the respondent's submission that the real purpose of the rule is to limit public scrutiny. The present restriction is also rationally connected to this objective. Obviously, limiting the number and location of cameras promotes the objective of maintaining order and decorum. While some other method might have been equally effective, the procedure which has been adopted appears eminently sensible and I am not prepared to second guess the legislative assembly who studied the matter and adopted a method which ensures that in essence the proceedings of the Assembly are made available to the television viewing audience. While I reject the submission that the exercise of this privilege is beyond the reach of judicial review, I cannot ignore that this is an area in which the Court should not dictate the precise method in which the Assembly should keep order in its own house. Finally, given the importance of preserving the decorum of the House of Assembly, the alleged intrusion on the freedom of the press is not out of proportion to this objective.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the members of the House of Assembly when exercising their privileges as members?

Answer: Yes.

mosphère de la chambre, et en particulier le comportement non-verbal des députés. Notre Cour n'a pas décidé si la protection de l'al. 2b) s'étend non seulement à la collecte et à la diffusion de l'information mais également aux moyens par lesquels elle est réunie et diffusée. Une telle décision aura des conséquences qui débordent largement les faits de l'espèce et je préfère ne pas trancher la question dans le cadre de la présente affaire. À supposer que la restriction reprochée constitue une violation de l'al. 2b), je suis convaincu qu'elle est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

On ne peut douter que l'exercice de ce privilège historique est un objectif urgent et réel. J'accepte l'argument de l'appelant selon lequel l'objectif est de maintenir l'ordre et le décorum et d'assurer le bon fonctionnement de l'assemblée législative. Je n'accepte pas l'argument de l'intimée selon lequel le but réel de la règle est de restreindre l'examen par le public. La restriction en cause a aussi un lien rationnel avec l'objectif. Il est évident que des restrictions relatives au nombre de caméras et à leur emplacement favorisent l'objectif du maintien de l'ordre et du décorum. Même si une autre méthode aurait peut-être été également efficace, la procédure adoptée semble éminemment logique et je ne suis pas disposé à prêter des intentions à l'assemblée législative qui a étudié la question et adopté une méthode qui garantit pour l'essentiel l'accès télévisé aux débats de l'Assemblée. Si je rejette la proposition selon laquelle l'exercice de ce privilège ne relève pas du contrôle judiciaire, je ne peux pas négliger non plus le fait qu'il s'agit d'un domaine dans lequel la Cour devrait s'abstenir de dicter la méthode précise que l'Assemblée devrait adopter pour maintenir l'ordre dans son enceinte. Enfin, compte tenu de l'importance du maintien du décorum à l'assemblée législative, l'atteinte alléguée à la liberté de la presse n'est pas disproportionnée à l'objectif.

Je répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle aux membres de l'Assemblée législative lorsqu'ils exercent leurs privilèges de députés?

Réponse: Oui.

2. If the answer to question 1 is yes, does exercising a privilege so as to refuse access to the media to the public gallery to record and relay to the public proceedings of the House of Assembly by means of their cameras contravene s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. If the answer to question 2 is yes, is such a refusal a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Assuming that the answer to question 2 is yes, the answer to question 3 is yes.

Otherwise, I would dispose of the appeal as proposed by the Chief Justice.

The following are the reasons delivered by

CORY J. (dissenting)—I have read with interest the reasons of the Chief Justice but I must, with the greatest of respect, differ from a part of his reasoning and from his conclusion. I will attempt rather inadequately to encapsulate the portion of his reasons with which I disagree. The Chief Justice has concluded that s. 32 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* cannot be taken as being applicable to the legislative assembly. He has noted that s. 32 of the *Charter* refers only to the “legislature and government” while the House of Assembly is neither “legislature” nor “government”. He observed that although the House of Assembly is a component of the legislature it is only in conjunction with the Lieutenant Governor that it comprises the legislature. Thus he concluded that s. 32 is not applicable to the House of Assembly alone. In his view, to apply s. 32 would make every exercise of privilege a matter that was subject to *Charter* scrutiny. With the greatest respect I cannot agree with these conclusions.

I. Does Section 32 of the *Charter* Apply to the House of Assembly?

Section 32 provides in part as follows:

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'exercice d'un privilège pour refuser l'accès aux médias à la tribune du public, afin de les empêcher d'enregistrer et de retransmettre au public les débats de l'Assemblée législative au moyen de leurs caméras, contrevient-il à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Si la réponse à la deuxième question est affirmative, pareil refus constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: À supposer que la réponse à la deuxième question soit affirmative, la réponse à la troisième question est affirmative.

Pour le reste, je trancherais le pourvoi de la façon proposée par le Juge en chef.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY (dissident)—J'ai lu avec intérêt les motifs du Juge en chef, mais je ne puis, en toute déférence, être d'accord avec une partie de son raisonnement et avec sa conclusion. Je vais essayer, de façon plutôt imparfaite, de résumer la partie de ses motifs avec laquelle je suis en désaccord. Le Juge en chef conclut que l'art. 32 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne saurait être considéré comme s'appliquant à l'assemblée législative. Il mentionne que l'art. 32 de la *Charte* fait allusion seulement à la «législation et au gouvernement» tandis que l'assemblée législative n'est ni la «législation» ni le «gouvernement». Il fait observer que, bien que l'assemblée législative soit une composante de la législature, c'est seulement en conjonction avec le lieutenant-gouverneur qu'elle forme la législature. Il conclut ainsi que l'art. 32 ne s'applique pas à l'assemblée législative seulement. À son avis, appliquer l'art. 32 ferait de chaque exercice d'un privilège une question assujettie à un examen fondé sur la *Charte*. En toute déférence, je ne puis souscrire à ces conclusions.

I. L'article 32 de la *Charte* s'applique-t-il à l'Assemblée législative?

L'article 32 prévoit notamment ce qui suit:

32. (1) This Charter applies

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province. ^a

The appellant has relied upon *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, to support the argument that the *Charter* does not apply to a legislative assembly, particularly upon the statement in that case that the passage of legislation is the only way in which a legislature may infringe a guaranteed right or freedom. The relevant portion of that quotation is as follows (at pp. 598-99): ^b

It is my view that s. 32 of the *Charter* specifies the actors to whom the *Charter* will apply. They are the legislative, executive and administrative branches of government. It will apply to those branches of government whether or not their action is invoked in public or private litigation. It would seem that legislation is the only way in which a legislature may infringe a guaranteed right or freedom. Action by the executive or administrative branches of government will generally depend upon legislation, that is, statutory authority. Such action may also depend, however, on the common law, as in the case of the prerogative. [Emphasis added.] ^c

In my view the discussion as to the scope of the term "legislature" in s. 32(1) by McIntyre J. is inconclusive. While he assumed that the legislature may only infringe a *Charter* right through legislation, he did not turn his mind to the question of whether "legislature" includes its essential, operative component, the legislative assembly. Nor did he foreclose absolutely the consideration of the possible infringement of the *Charter* by a legislative assembly flowing from the provisions of its rules, regulations or orders. ^d

In *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, La Forest J. quoted with approval the statement of McIntyre J. However at pp. 261-62 he emphasized that the *Charter* is essentially an instrument for checking the powers of government over the individual. He went on to say (at p. 262): ^e

32. (1) La présente charte s'applique:

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature. ^f

L'appelant a invoqué l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, à l'appui de l'argument selon lequel la *Charte* ne s'applique pas à une assemblée législative, et particulièrement la déclaration qu'on trouve dans cet arrêt, selon laquelle l'adoption d'une loi est la seule façon dont une législature peut porter atteinte à un droit ou à une liberté garantis. Voici la partie pertinente de cette citation (aux pp. 598 et 599): ^g

J'estime donc que l'art. 32 de la *Charte* mentionne de façon précise les acteurs auxquels s'applique la *Charte*. Il s'agit des branches législative, exécutive et administrative. Elle leur est applicable peu importe que leurs actes soient en cause dans des litiges publics ou privés. Il semblerait que ce n'est que dans sa législation qu'une législature peut porter atteinte à une liberté ou un droit garantis. Les actes de la branche exécutive ou administrative du gouvernement se fondent généralement sur une loi, c'est-à-dire sur un texte législatif. Toutefois, ces actes peuvent aussi se fonder sur la *common law* comme dans le cas de la prérogative. [Je souligne.] ^h

Selon moi, l'analyse que le juge McIntyre fait de la portée du mot «législature» utilisé au par. 32(1) est peu concluante. Bien qu'il suppose que la législature ne peut porter atteinte à un droit garanti par la *Charte* qu'au moyen d'une loi, il n'aborde pas la question de savoir si la «législature» comprend sa composante essentielle et fondamentale, l'assemblée législative. Il n'écarte pas non plus complètement l'examen de la question de la violation de la *Charte* par une assemblée législative, qui pourrait découler de ses règles, règlements ou ordonnances. ⁱ

Dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, le juge La Forest cite, en l'approuvant, l'énoncé du juge McIntyre. Toutefois, aux pp. 261 et 262, il souligne que la *Charte* est essentiellement un instrument qui sert à contrôler les pouvoirs que le gouvernement exerce sur les particuliers. Il ajoute (à la p. 262): ^j

Government is the body that can enact and enforce rules and authoritatively impinge on individual freedom. Only government requires to be constitutionally shackled to preserve the rights of the individual. Others, it is especially true in a world in which economic life is largely left to the private sector where powerful private institutions are not directly affected by democratic forces. But government can either regulate these or create distinct bodies for the protection of human rights and the advancement of human dignity.

There can be no doubt that the underlying purpose of s. 32(1) is to restrict the application of the *Charter* to public actors. The legislative assembly is an institution that is not only essential to the operation of democracy but is also an integral part of democratic government. It would seem that it is a public actor. It follows that the *Charter* should apply to the actions of the legislative assembly.

For example, would there be any question that the *Charter* would apply if, in exercising its jurisdiction with regard to punishment of a member for contempt, the legislative assembly were to sentence that member to life imprisonment without eligibility for parole? Surely such an action would fall outside the constitutional scope of parliamentary privilege and the provisions of s. 12 of the *Charter* applying to cruel and unusual punishment would come into play.

It seems to me that the operative part of the legislature is the House of Assembly. It is the belief and fond hope of Canadians that it is in the chamber of the legislative assembly that the policy and principles of the laws to be enacted are discussed and debated. It is there that opposing policies are put forward, discussed, criticized, defended and refined. It is there that legislation is finally voted upon and enacted by the representatives of the people. It is there that a fundamental aspect of a democratic government in action can be heard and be seen. The result of the debates and the ensuing votes in the Assembly will affect the daily lives of all who reside in the province. To the ordinary and

C'est le gouvernement qui peut adopter et appliquer des règles et qui peut porter atteinte péremptoirement à la liberté individuelle. Seul le gouvernement a besoin de voir imposer des contraintes dans la Constitution afin de préserver les droits des particuliers. Il est vrai que les atteintes aux droits des particuliers peuvent provenir d'autres sources. Cela est particulièrement vrai dans un monde où la vie économique est largement dominée par le secteur privé dont les institutions puissantes ne sont pas directement touchées par les forces démocratiques. Mais le gouvernement peut soit les réglementer soit créer des organismes distincts afin de protéger les droits de la personne et de promouvoir la dignité humaine.

Il est indubitable que l'objet sous-jacent du par. 32(1) est de restreindre l'application de la *Charte* aux acteurs publics. L'assemblée législative est une institution qui est non seulement essentielle au fonctionnement de la démocratie mais qui fait également partie intégrante d'un gouvernement démocratique. Il semblerait que c'est un acteur public. Il s'ensuit que la *Charte* devrait s'appliquer aux actions de l'assemblée législative.

Par exemple, douterions-nous de l'application de la *Charte* si, dans l'exercice de sa compétence en matière de punition d'un outrage commis par un de ses membres, l'assemblée législative devait condamner cette personne à l'emprisonnement à vie sans que celle-ci soit admissible à une libération conditionnelle? Il est certain qu'une telle mesure sortirait du champ d'application constitutionnel du privilège parlementaire et que les dispositions de l'art. 12 de la *Charte* s'appliquant aux peines cruelles et inusitées entreraient en jeu.

Il me semble que la composante essentielle de la législature est l'assemblée législative. Les Canadiens croient et espèrent grandement que c'est dans l'enceinte de l'assemblée législative que seront analysés et débattus les modalités et principes des lois à adopter. C'est là que des politiques contraires sont présentées, analysées, critiquées, défendues et améliorées. C'est là que les lois sont finalement votées et adoptées par les représentants du peuple. C'est là qu'on peut entendre et voir l'un des aspects fondamentaux d'un gouvernement démocratique en action. L'issue des débats et les votes qui s'ensuivent à l'Assemblée influenceront sur la vie quotidienne de tous les résidents de la pro-

reasonable citizen it is the legislative assembly which is the essential element of the "legislature" and a fundamental and integral part of the "government" of a province.

The words "legislature" and "government" must be held to include the essential and operative entity called the House of Assembly if this Court is to continue to give the *Charter* a broad and liberal interpretation. See *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155. The *Charter* should apply not only to legislation passed by the Assembly but also to its own rules and regulations. The rules and regulations, if they are found to violate the *Charter*, can, like the Acts passed by the Assembly, be saved under s. 1. Such a procedure would ensure that the courts never unduly interfere with the inherent and enacted rights and privileges possessed by a legislature and which enable it to effectively carry out its role.

This conclusion is supported by the principle that the interpretation and application of *Charter* rights must be considered in the context of each case. In this case, we are dealing with access by a branch of the news media to the public sessions of the legislative assembly. The television media seek access to those sessions in order to gather information and report upon the democracy in action. Obviously that access must be subject to reasonable control by the legislative assembly. This is essential to prevent the television media becoming too intrusive and adversely affecting the efficient operation of the Assembly. Yet access is not only appropriate but essential. What better way is there for citizens to be informed of the work of the legislature than by an independent media? What better manner exists for the citizens of Nova Scotia to be assured that their elected representatives are conscientiously striving to achieve results that are in the best interests of Nova Scotians?

vince. Pour le citoyen ordinaire et raisonnable, c'est l'assemblée législative qui constitue l'élément essentiel de la «législature» et une partie fondamentale et intégrante du «gouvernement» d'une

a province.

Les mots «législature» et «gouvernement» doivent être considérés comme incluant l'entité essentielle et fondamentale qui s'appelle l'assemblée législative, si notre Cour doit continuer de donner à la *Charte* une interprétation large et libérale. Voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 155. La *Charte* devrait s'appliquer non seulement aux lois adoptées par l'Assemblée mais également à ses propres règles et règlements. Si on conclut qu'ils portent atteinte à la *Charte*, les règles et les règlements peuvent, tout comme les lois adoptées par l'Assemblée, être sauvegardés en vertu de l'article premier. Une telle procédure empêcherait que les tribunaux ne viennent entraver indûment les droits et privilèges inhérents et édictés que possède une législature et qui lui permettent de jouer efficacement son rôle.

Cette conclusion est étayée par le principe selon lequel il faut examiner la question de l'interprétation et de l'application des droits garantis par la *Charte* dans le contexte de chaque affaire. En l'espèce, il est question de l'accès d'une catégorie de médias aux séances publiques de l'assemblée législative. La télévision demande l'accès à ces séances afin de recueillir de l'information et de faire des reportages sur la démocratie en action. Évidemment, cet accès doit être assujéti au contrôle raisonnable de l'assemblée législative. Cela est essentiel pour empêcher la télévision de devenir trop envahissante et de nuire au bon fonctionnement de l'Assemblée. Toutefois, cet accès est non seulement approprié, mais il est essentiel. Quel meilleur moyen existe-t-il pour tenir les citoyens au courant des travaux de la législature qu'un média indépendant? Quelle meilleure manière y a-t-il pour les citoyens de la Nouvelle-Écosse de s'assurer que leurs représentants élus s'efforcent consciencieusement d'obtenir des résultats qui sont dans le meilleur intérêt des Néo-Écossais?

Certainly it cannot be said that the sittings of the House of Assembly are closed to the public. The reports of debates are assiduously transcribed in Hansard. Indeed it is not unusual for members to send their constituents copies of their speeches made in the legislature. To a fortunate few, the debates of the Assembly can be witnessed “live” and in “living technicolour”. However for the vast majority of Canadians, geography makes it well nigh impossible to attend the sittings of the House of Commons or their provincial legislature. Quite apart from the realities of geography, the hardships of economics make it impossible for all to attend the sittings no matter how much they would like to be present. Canadians must rely upon the news media for information regarding the debates in Parliament and the legislative assemblies and the work and efforts of their elected representatives.

If Canadians are to have confidence in the actions of their elected representatives, they must have accurate information as to what has transpired in the legislative assemblies and House of Commons. Informed public opinion is the essential bedrock of a successful democratic government. Accurate information can only be obtained by the public through the work of a responsible press which must today include television coverage.

The importance of coverage of the public sessions of the legislative assembly by all branches of the media makes it readily apparent that the *Charter* should be given a large and liberal interpretation with the result that s. 32 of the *Charter* should apply to the Rules and Forms of Procedure of the House of Assembly. Next it must be considered whether the legislation which enacts the privileges of the House of Assembly of Nova Scotia or its inherent privileges prohibit the application of the *Charter* to its operation.

On ne peut certainement pas dire que l'accès aux séances de l'assemblée législative est interdit au public. Le compte rendu des débats est transcrit assidûment dans le hansard. En fait, il n'est pas rare que les membres de l'Assemblée envoient à leurs électeurs une copie des discours qu'ils prononcent à la législature. Quelques chanceux peuvent assister «en direct» aux débats de l'Assemblée. Cependant, en ce qui concerne la grande majorité des Canadiens, la géographie du pays rend bien presque impossible d'assister aux séances de la Chambre des communes ou de leur législature provinciale. La réalité géographique mise à part, les contraintes économiques font que tous ne peuvent pas assister aux séances peu importe jusqu'à quel point ils aimeraient être présents. Les Canadiens doivent s'en remettre aux médias pour ce qui est des informations sur les débats du Parlement et des assemblées législatives ainsi que sur le travail et les efforts de leurs représentants élus.

Pour que les Canadiens aient confiance dans les actions de leurs représentants élus, ils doivent disposer de renseignements exacts sur ce qui s'est passé dans les assemblées législatives et à la Chambre des communes. Une opinion publique éclairée constitue la condition essentielle du bon fonctionnement d'un gouvernement démocratique. Le public ne peut obtenir des informations exactes que par le truchement d'une presse responsable qui, de nos jours, doit inclure les reportages télévisés.

L'importance de la couverture des séances publiques de l'assemblée législative par toutes les catégories de médias fait en sorte qu'il devient tout de suite évident qu'il faudrait donner à la *Charte* une interprétation large et libérale, de sorte que l'art. 32 de la *Charte* devrait s'appliquer aux règles et formules de procédure de l'assemblée législative. Ensuite, il faut examiner si la loi qui édicte les privilèges de l'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse ou ses privilèges inhérents interdisent l'application de la *Charte* à son fonctionnement.

II. Does the Constitution of Nova Scotia or the Inherent Privileges of the Legislative Assembly Form Part of the Supreme Law of Canada so as to Make the Charter Inapplicable?

The appellant has contended that barring of television cameras is an exercise of privilege of the legislative assembly and as such it is not subject to the *Charter*. It is argued that the privileges of the legislative assembly of Nova Scotia form part of the Constitution of Canada and as a result the *Charter* is not applicable to it.

The appellant relies upon *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, for the proposition that the *Charter* cannot be applied to “abrogate or derogate from rights or privileges guaranteed by or under the Constitution” (p. 1196). If the privileges exercised by the House of Assembly form part of the Canadian Constitution they have the same status as the *Charter* and are not subject to it.

I have now had the opportunity of reading the thorough analyses of the Chief Justice and those of Justice McLachlin as well. I agree with McLachlin J. that the legislatures of this country possess such constitutional privileges as are necessary for their operation. I depart from the reasoning of my colleagues in that I believe that courts may, when properly called upon, enquire as to whether a particular exercise of parliamentary privilege falls within the privileged jurisdiction of the legislature. I rely here upon the reasons of the majority in *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158. There McLachlin J. held, at p. 179, that:

Although legislative jurisdiction to amend the provincial constitution cannot be removed from the province without a constitutional amendment and is in this sense above *Charter* scrutiny, the provincial exercise of its legislative authority is subject to the *Charter*; as McEachern C.J. observed: “(i)f the fruit of the constitutional tree does not conform to the Charter . . . then it

II. La Constitution de la Nouvelle-Écosse ou les privilèges inhérents de l'Assemblée législative font-ils partie de la loi suprême du Canada de manière à rendre la Charte inapplicable?

L'appelant a prétendu que le fait d'interdire les caméras de télévision constitue l'exercice d'un privilège de l'assemblée législative qui, à ce titre, n'est pas assujéti à la *Charte*. On fait valoir que les privilèges de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse font partie de la Constitution du Canada et que, de ce fait, la *Charte* ne s'y applique pas.

L'appelant invoque le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, à l'appui de la proposition selon laquelle la *Charte* ne saurait être appliquée de façon «à porter atteinte aux droits ou privilèges garantis par la Constitution ou en vertu de la Constitution» (p. 1196). Si les privilèges exercés par l'assemblée législative font partie de la Constitution canadienne, ils ont le même statut que la *Charte* et ne sont pas assujéti à celle-ci.

J'ai maintenant pris connaissance des analyses approfondies du Juge en chef et du juge McLachlin. Je conviens avec le juge McLachlin que les législatures de notre pays possèdent les privilèges constitutionnels nécessaires à leur fonctionnement. Je m'écarte du raisonnement de mes collègues en ce que je crois que, lorsqu'ils sont appelés à juste titre à le faire, les tribunaux peuvent examiner si un exercice particulier de privilège parlementaire relève de la compétence privilégiée de la législature. Je me fonde sur l'opinion majoritaire exprimée dans le *Renvoi relatif à la délimitation de circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, où le juge McLachlin statue, à la p. 179:

Bien que la compétence législative des provinces de modifier leur constitution ne saurait leur être retirée sans modification constitutionnelle et qu'en ce sens, elle échappe à tout examen fondé sur la *Charte*, l'exercice par les provinces de leur compétence législative est assujéti à la *Charte*. Comme l'a observé le juge en chef McEachern [TRADUCTION] «(s)i le fruit de l'arbre consti-

must to such extent be struck down”: *Dixon v. B.C. (A.G.)* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 174, at p. 188.

Applying that principle here, it is clear that the exercise of the constitutional power of privilege is not entrenched in the Constitution of Canada and the *Charter* must apply to the exercise of that parliamentary privilege. The privilege of the House of Assembly represents an exercise of legislative authority over itself and members of the media and is thus reviewable.

The test for review is one of necessity. In *Landers v. Woodworth* (1878), 2 S.C.R. 158, the Nova Scotia House of Assembly claimed that it had the privilege to order one of its members to apologize and to forcibly remove him for contempt when he refused. Concluding there was no such privilege, Ritchie J. stated (at pp. 201-2):

... the House of Assembly of *Nova Scotia* has no power to punish for any offence not an immediate obstruction to the due course of its proceedings and the proper exercise of its functions, such power not being an essential attribute, nor essentially necessary, for the exercise of its functions. . . .

I seek simply to apply this standard. I cannot find that a complete prohibition on cameras is “essentially necessary” to the operation of the House nor that the presence of cameras would automatically constitute “an immediate obstruction”. Such a rule falls outside the constitutional scope of parliamentary privilege. Richards C.J. in *Landers* in evaluating the exercise of privilege by the House against the member, asked “Was it necessary to do so in order to go on with the public business?” (p. 198). If that question were posed in the case before us, the answer would be no. The House of Assembly, when it banned all cameras, exceeded the jurisdiction inherent in parliamentary privilege. The *Charter* can thus apply under s. 32.

tutionnel n’est pas conforme à la Charte (...) il faut alors, dans cette mesure, l’abattre»: *Dixon v. B.C. (A.G.)* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 174, à la p. 188.

a Si l’on applique ce principe en l’espèce, il devient clair que l’exercice du pouvoir constitutionnel en matière de privilège n’est pas consacré dans la Constitution du Canada et que la *Charte* doit s’appliquer à l’exercice de ce privilège parlementaire. Le privilège de l’assemblée législative représente un exercice de compétence législative à son propre égard et à l’égard de ceux qui font partie des médias, et peut donc faire l’objet d’un examen.

c Le critère d’examen en est un de nécessité. Dans *Landers c. Woodworth* (1878), 2 R.C.S. 158, l’Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse a prétendu qu’elle avait le privilège d’ordonner à l’un de ses membres de s’excuser et de l’expulser pour outrage s’il refusait de le faire. Concluant qu’elle n’avait pas ce privilège, le juge Ritchie a affirmé, aux pp. 201 et 202:

e [TRADUCTION] ... l’Assemblée législative de la *Nouvelle-Écosse* n’a pas le pouvoir de punir une infraction qui ne constitue pas un obstacle immédiat au bon déroulement de ses travaux et à l’exercice légitime de ses fonctions, un tel pouvoir n’étant pas un attribut essentiel, ni fondamentalement nécessaire, à l’exercice de ses fonctions. . . .

g Je cherche simplement à appliquer cette norme. Je ne puis conclure qu’une interdiction absolue de caméras est [TRADUCTION] «fondamentalement nécessaire» au fonctionnement de l’Assemblée ni que la présence de caméras constituerait automatiquement un [TRADUCTION] «obstacle immédiat». h Une telle règle sort du champ d’application constitutionnel du privilège parlementaire. En évaluant l’exercice du privilège par l’Assemblée contre le député, le juge en chef Richards, dans *Landers*, s’est demandé, à la p. 198: [TRADUCTION] «Était-il nécessaire de le faire pour poursuivre l’examen des affaires publiques?» Si cette question se posait en l’espèce, la réponse serait non. Lorsqu’elle a interdit toutes les caméras, l’assemblée législative a outrepassé la compétence inhérente que comporte le privilège parlementaire. La *Charte* peut donc s’appliquer en vertu de l’art. 32.

Further, I agree with the conclusions of the Chief Justice that all the other submissions of the appellant that the *Charter* should not apply to the legislative assembly should be dismissed.

III. Does the Ban on Cameras Infringe Freedom of the Press?

Now it must be considered whether the refusal to permit any television cameras at public sessions of the legislative assembly violates s. 2(b) of the *Charter*.

Section 2(b) of the *Charter* reads as follows:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . . .

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

In my view, the protection of news gathering does not constitute a preferential treatment of an elite or entrenched group, the media, rather it constitutes an ancillary right essential for the meaningful exercise of the *Charter*. Although the language of the section may not specifically grant special rights to a defined group it does include freedom of the press within the ambit of protected expression. It is obvious that a prohibition on television cameras is by definition a restriction on freedom of the press. Whether such a restriction is justified will depend on s. 1. Certainly, if the legislative assembly prohibits any media access to the public debates or excludes one form of the media (television) from the public debates, there has been an infringement of the *Charter* right to freedom of expression.

IV. Is the Restriction Saved by Section 1?

This Court has recognized the special importance of the press to a democratic society. In *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*,

De plus, je souscris aux conclusions du Juge en chef selon lesquelles il y a lieu de rejeter toutes les autres allégations de l'appellant selon lesquelles la *Charte* ne devrait pas s'appliquer à l'assemblée législative.

III. L'interdiction des caméras porte-t-elle atteinte à la liberté de la presse?

Il faut maintenant examiner si le refus de permettre la présence de toute caméra de télévision aux séances publiques de l'assemblée législative viole l'al. 2b) de la *Charte*.

L'alinéa 2b) de la *Charte* se lit ainsi:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

À mon avis, la protection de la collecte des nouvelles ne constitue pas un traitement préférentiel d'une élite ou d'un groupe désigné formellement, les médias; elle constitue plutôt un droit accessoire essentiel à l'application utile de la *Charte*. Bien que le texte de l'article puisse ne pas accorder précisément de droits particuliers à un groupe défini, il inclut effectivement la liberté de la presse dans l'expression protégée. Il est évident que l'interdiction des caméras de télévision est, par définition, une restriction de la liberté de la presse. La question de savoir si une telle restriction est justifiée dépendra de l'article premier. Il est certain que, si l'Assemblée législative interdit à tous les médias l'accès aux débats publics ou exclut une catégorie de médias (la télévision) des débats publics, il y a violation du droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte*.

IV. La restriction est-elle sauvegardée par l'article premier?

Notre Cour a reconnu l'importance particulière de la presse dans une société démocratique. Dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur*

[1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336, the following was said:

It is difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression. Indeed a democracy cannot exist without that freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions. The concept of free and uninhibited speech permeates all truly democratic societies and institutions. The vital importance of the concept cannot be over-emphasized.

The freedom of expression is as important for the listeners or watchers as it is for the speaker. This too is recognized in *Edmonton Journal* where the following appears (at pp. 1339-40):

... freedom of expression "protects listeners as well as speakers". That is to say as listeners and readers, members of the public have a right to information pertaining to public institutions and particularly the courts. Here the press plays a fundamentally important role. It is exceedingly difficult for many, if not most, people to attend a court trial. Neither working couples nor mothers or fathers house-bound with young children, would find it possible to attend court. Those who cannot attend rely in large measure upon the press to inform them about court proceedings—the nature of the evidence that was called, the arguments presented, the comments made by the trial judge—in order to know not only what rights they may have, but how their problems might be dealt with in court. It is only through the press that most individuals can really learn of what is transpiring in the courts. They as "listeners" or readers have a right to receive this information. Only then can they make an assessment of the institution. Discussion of court cases and constructive criticism of court proceedings is dependent upon the receipt by the public of information as to what transpired in court. Practically speaking, this information can only be obtained from the newspapers or other media.

The special importance of the operation of a free press, capable of gathering and transmitting information to the public was also emphasized in *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991]

général), [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1336, on dit ceci:

Il est difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique. En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. La notion d'expression libre et sans entraves est omniprésente dans les sociétés et les institutions vraiment démocratiques. On ne peut trop insister sur l'importance primordiale de cette notion.

La liberté d'expression est aussi importante pour celui qui s'exprime que pour celui qui l'écoute ou le regarde. Cela aussi est reconnu dans l'arrêt *Edmonton Journal* où on peut lire ce qui suit (aux pp. 1339 et 1340):

... la liberté d'expression «protège autant celui qui s'exprime que celui qui l'écoute». C'est donc dire que, comme ensemble d'auditeurs et de lecteurs, le public a le droit d'être informé de ce qui se rapporte aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux. La presse joue ici un rôle fondamental. Il est extrêmement difficile pour beaucoup, sinon pour la plupart, d'assister à un procès. Ni les personnes qui travaillent ni les pères ou mères qui restent à la maison avec de jeunes enfants ne trouveraient le temps d'assister à l'audience d'un tribunal. Ceux qui ne peuvent assister à un procès comptent en grande partie sur la presse pour être tenus au courant des instances judiciaires—la nature de la preuve produite, les arguments présentés et les remarques faites par le juge du procès—et ce, non seulement pour connaître les droits qu'ils peuvent avoir, mais pour savoir comment les tribunaux se prononceraient dans leur cas. C'est par l'intermédiaire de la presse seulement que la plupart des gens peuvent réellement savoir ce qui se passe devant les tribunaux. À titre d'«auditeurs» ou de lecteurs, ils ont droit à cette information. C'est comme cela seulement qu'ils peuvent évaluer l'institution. L'analyse des décisions judiciaires et la critique constructive des procédures judiciaires dépendent des informations que le public a reçues sur ce qui se passe devant les tribunaux. En termes pratiques, on ne peut obtenir cette information que par les journaux et les autres médias.

L'importance particulière du fonctionnement d'une presse libre, capable de recueillir et de transmettre de l'information au public, a également été soulignée dans l'arrêt *Société Radio-Canada c.*

3 S.C.R. 421. There La Forest J., concurring in the majority reasons, wrote at pp. 429-30:

... the freedom to disseminate information would be of little value if the freedom under s. 2(b) did not also encompass the right to gather news and other information without undue governmental interference.

The need to protect the ability of the media to gather and communicate information was set out in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, at p. 475:

The media have a vitally important role to play in a democratic society. It is the media that, by gathering and disseminating news, enable members of our society to make an informed assessment of the issues which may significantly affect their lives and well-being. The special significance of the work of the media was recognized by this Court in *Edmonton Journal*... The importance of that role and the manner in which it must be fulfilled give rise to special concerns when a warrant is sought to search media premises.

The television media constitute an integral part of the press. Reporting in all forms has evolved over the ages. Engraved stone tablets gave way to the baked clay tablets impressed with the cuneiform writing of the Assyrians and the papyrus records of the Egyptians. It is not long ago that the quill pen was the sole means of transcribing the written word. Surely today neither the taking of notes in shorthand or the use of unobtrusive tape recording devices to ensure accuracy would be banned from the press gallery. Nor should the unobtrusive use of a video camera. The video camera provides the ultimate means of accurately and completely recording all that transpires. Not only the words spoken but the tone of voice, the nuances of verbal emphasis together with the gestures and facial expressions are recorded. It provides the nearest and closest substitute to the physical presence of an interested observer.

Lessard, [1991] 3 R.C.S. 421. Le juge La Forest, souscrivant aux motifs de la majorité, écrit aux pp. 429 et 430:

... la liberté de diffuser des renseignements serait de peu de valeur si la liberté prévue à l'al. 2b) n'englobait pas également le droit de recueillir des nouvelles et d'autres renseignements sans l'intervention indue du gouvernement.

La nécessité de protéger la capacité des médias de recueillir et de transmettre des renseignements a été énoncée dans *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, à la p. 475:

Les médias ont un rôle primordial à jouer dans une société démocratique. Ce sont les médias qui, en réunissant et en diffusant les informations, permettent aux membres de notre société de se former une opinion éclairée sur les questions susceptibles d'avoir un effet important sur leur vie et leur bien-être. L'importance particulière du travail des médias a été reconnue par notre Cour dans l'arrêt *Edmonton Journal* [. . .] L'importance de ce rôle et la manière dont il doit être rempli suscitent des préoccupations spéciales lorsqu'un mandat est demandé pour effectuer une perquisition dans les locaux d'un média.

La télévision fait partie intégrante de la presse. Le reportage sous toutes ses formes a évolué au cours des siècles. Les tablettes de pierre gravées ont cédé le pas aux tablettes de terre cuite portant l'écriture cunéiforme des Assyriens et aux papyrus des Égyptiens. Il n'y a pas longtemps, la plume d'oie était le seul moyen de transcrire les mots écrits. Je suis sûr qu'aujourd'hui ni la prise de notes sténographiques ni l'utilisation discrète d'appareils d'enregistrement pour assurer l'exactitude des informations ne seraient bannies de la tribune de la presse. L'utilisation discrète d'une caméra vidéo ne devrait pas l'être non plus. Celle-ci fournit le tout dernier moyen d'enregistrer de façon exacte et complète tout ce qui se passe. Elle enregistre non seulement les paroles prononcées mais le ton de la voix, les nuances de l'emphase verbale ainsi que les gestes et les expressions du visage. Elle fournit le succédané le plus proche de la présence physique d'un observateur intéressé.

So long as the camera is neither too pervasive nor too obtrusive, there can be no good reason for excluding it. How can it be said that greater accuracy and completeness of reporting are to be discouraged? Perhaps more Canadians receive their news by way of television than by any other means. If there is to be an informed opinion in today's society, it will be informed in large part by television reporting. Nor should we jump to the conclusion that if the media is granted broader rights that they will be abused. Hand in hand with increased rights go increased responsibilities. The responsibility of the press is to report accurately, fairly, and completely, that which is relevant and pertinent to public issues. It may be argued that the television media will only broadcast that which is sensational. That same argument could be advanced with regard to all forms of media. Yet no one would consider barring the print media from a public session of the Assembly on the grounds that they tended to be sensationalist. The public today is too intelligent, too discerning and too well informed to accept unfairly slanted or sensational reporting.

Clearly, the legislative assembly has a right in appropriate circumstances to exclude or remove visitors including the members of the press. For example, the regulations can require all visitors to act properly, with reasonable dignity and decorum so that the legislative assembly can itself operate reasonably efficiently and with dignity and decorum. With regard to the attendance of television media the number of cameras could be limited and their location and their manner of operation regulated. What the Assembly cannot do is to exclude television entirely by means of regulation without infringing s. 2(b) of the *Charter*.

V. American Approach

The appellant relied on a decision of the Maryland Court of Appeals, *Sigma Delta Chi v. Speaker, Maryland House of Delegates*, 310 A.2d 156 (1973). I do not think that decision

Tant que la caméra n'est pas trop envahissante ni trop indiscreète, il n'y a pas de raison valable de l'exclure. Comment peut-on dire qu'il faut décourager une plus grande exactitude et intégralité des reportages? Il se peut que les Canadiens reçoivent leurs nouvelles par le truchement de la télévision davantage que par tout autre moyen. S'il doit exister une opinion éclairée dans la société d'aujourd'hui, elle sera éclairée en grande partie par le reportage télévisé. Nous ne devrions pas non plus sauter à la conclusion que, si ce média se voit accorder des droits plus vastes, il en abusera. À des droits accrus correspondent des responsabilités accrues. La presse a la responsabilité de rapporter de façon exacte, juste et complète ce qui concerne les questions d'intérêt public. On peut soutenir que la télévision diffusera seulement ce qui est sensationnel. On pourrait avancer le même argument en ce qui concerne toutes les formes de médias. Pourtant, personne n'envisagerait d'interdire à la presse écrite d'assister à une séance publique de l'Assemblée sous prétexte qu'elle tend au sensationnalisme. Aujourd'hui, le public est trop intelligent, trop perspicace et trop bien informé pour accepter un reportage injustement tendancieux ou sensationnel.

Manifestement, l'assemblée législative a le droit, dans des circonstances appropriées, d'expulser des visiteurs, y compris les journalistes. Par exemple, le règlement peut exiger que tous les visiteurs aient un comportement correct, raisonnablement digne et conforme au décorum, de sorte que l'assemblée législative puisse elle-même fonctionner de manière raisonnablement efficace, digne et conforme au décorum. Quant à la présence de la télévision, on pourrait limiter le nombre de caméras et réglementer leur emplacement et leur façon de fonctionner. Ce que l'Assemblée ne peut pas faire, c'est exclure complètement la télévision, au moyen d'un règlement, sans porter atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*.

V. L'approche américaine

L'appelant a invoqué l'arrêt de la Court of Appeals du Maryland *Sigma Delta Chi c. Speaker, Maryland House of Delegates*, 310 A.2d 156 (1973). Je ne crois pas que cet arrêt aide beaucoup

is of much assistance in the resolution of this appeal. There the members of the press sought an injunction against the Rules of the Senate and House of Delegates of Maryland which prohibit the use of recording instruments and electronic devices. The basis for the injunction set forward by the media was that tape recorders in the chambers would promote greater accuracy and speed in reporting. The Court of Appeals assumed for the purposes of the decision that the First Amendment protects the gathering of news, but, rejected the application on the ground that greater accuracy and speed in reporting were issues of insufficient weight to merit constitutional protection. The reasons are brief. It is debatable whether these reasons can stand in light of the later decision of the Supreme Court in *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980). It can be seen that the reasons turn on a very narrow issue namely that the convenience of the press did not warrant constitutional protection. That is a far cry from the position put forward by the respondent in the case at bar. Nevertheless, the United States Supreme Court has recognized that news-gathering receives some protection by way of the First Amendment. See *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972), at p. 707. There can be no doubt however that the phrase "or the press" has engendered controversy and debate. The objection is raised against treating freedom of the press as creating a distinct right available to a defined social group, the press, over ordinary citizens. Such an interpretation would grant privileges to an institution organized as a powerful private business which are not shared by other citizens.

In *Houchins v. KQED, Inc.*, 438 U.S. 1 (1978), the Supreme Court considered a claim that the First Amendment protected the right of the press to enter a county jail, photograph the premises and interview inmates. The First Amendment provides "Congress shall make no law . . . abridging the freedom of speech, or of the press". The District Court had enjoined the County from denying

à trancher le présent pourvoi. Dans cette affaire, les journalistes sollicitaient une injonction contre les règles du Sénat et de la chambre des délégués du Maryland, qui interdisent l'utilisation d'instruments d'enregistrement et d'appareils électroniques. L'injonction réclamée par les médias était justifiée par le fait que la présence de magnétophones dans les chambres favoriserait une exactitude et une vitesse accrues dans la réalisation des reportages. La Court of Appeals a, pour les fins de l'arrêt, supposé que le Premier amendement protège la collecte des nouvelles, mais elle en a rejeté la demande pour le motif que l'exactitude et la vitesse accrues dans la réalisation des reportages ne constituaient pas des questions suffisamment importantes pour mériter une protection constitutionnelle. Les motifs sont brefs. On est en droit de se demander si ces motifs peuvent tenir à la lumière de l'arrêt subséquent de la Cour suprême *Richmond Newspapers, Inc. c. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980). On peut constater que les motifs portent sur une question très restreinte, c'est-à-dire que la commodité de la presse ne justifiait pas une protection constitutionnelle. On est loin de la position soutenue par l'intimée en l'espèce. Néanmoins, la Cour suprême des États-Unis a reconnu que la collecte des nouvelles jouit d'une certaine protection grâce au Premier amendement. Voir *Branzburg c. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972), à la p. 707. Il est toutefois indubitable que l'expression [TRADUCTION] «ou de la presse» a engendré une controverse. On s'oppose au fait de considérer la liberté de la presse comme créant un droit distinct pouvant être invoqué par un groupe social déterminé, la presse, comparativement aux citoyens ordinaires. Une telle interprétation accorderait à une institution organisée comme une puissante entreprise privée des privilèges que ne partagent pas d'autres citoyens.

Dans l'arrêt *Houchins c. KQED, Inc.*, 438 U.S. 1 (1978), la Cour suprême a examiné une allégation selon laquelle le Premier amendement protège le droit de la presse d'entrer dans une prison de comté, de photographier les lieux et d'interviewer des détenus. Le Premier amendement prévoit que [TRADUCTION] «[l]e Congrès ne fera aucune loi [. . .] restreignant la liberté de parole ou de la

KQED access to the jail. The Court of Appeals affirmed this result but the Supreme Court reversed. There was no majority judgment in the Supreme Court. Burger C.J. joined by White and Rehnquist JJ., held that the First Amendment does not grant to the press a constitutional right of access to a prison and inmates beyond that available to the general public. Stewart J. concurred in the result, but not in the reasoning of Burger C.J. While he agreed that the First Amendment did not guarantee the press greater rights of access than members of the public, he would implement that principle in a more flexible manner. Of Burger C.J.'s reasons, Stewart J. observed (at pp. 16-17):

Whereas he appears to view "equal access" as meaning access that is identical in all respects, I believe that the concept of equal access must be accorded more flexibility in order to accommodate the practical distinctions between the press and the general public.

That the First Amendment speaks separately of freedom of speech and freedom of the press is no constitutional accident, but an acknowledgment of the critical role played by the press in American society. The Constitution requires sensitivity to that role, and to the special needs of the press in performing it effectively. A person touring Santa Rita jail can grasp its reality with his own eyes and ears. But if a television reporter is to convey the jail's sights and sounds to those who cannot personally visit the place, he must use the cameras and sound equipment. In short, terms of access that are reasonably imposed on individual members of the public may, if they impede effective reporting without sufficient justification, be unreasonable as applied to journalists who are there to convey to the general public what the visitors see.

Thus Stewart J. concurred in reversing the Court of Appeals but would have granted KQED more limited injunctive relief. Stevens J., with whom Brennan and Powell JJ. concurred, dissented in the result. He held that any denial of access to the

presse». La Cour de district a interdit au Comté de refuser à KQED l'accès à la prison. La Court of Appeals a confirmé ce résultat, mais la Cour suprême l'a infirmé. Il n'y a pas eu de jugement majoritaire en Cour suprême. Le juge en chef Burger, auquel s'étaient joints les juges White et Rehnquist, a conclu que le Premier amendement n'accorde pas à la presse un droit constitutionnel d'accès à une prison et à ses détenus supérieur à celui dont jouit le grand public. Le juge Stewart a souscrit au résultat, mais non au raisonnement du juge en chef Burger. Bien qu'il ait convenu que le Premier amendement ne garantissait pas à la presse des droits d'accès supérieurs à ceux dont jouissent les membres du public, il appliquerait ce principe d'une façon plus souple. Au sujet des motifs du juge en chef Burger, le juge Stewart fait remarquer (aux pp. 16 et 17):

[TRANSDUCTION] Alors qu'il semble considérer que l'«égalité d'accès» désigne un accès qui est identique à tous les égards, je crois qu'il faut accorder à la notion d'égalité d'accès une plus grande souplesse afin de composer avec les distinctions pratiques entre la presse et le grand public.

Le fait que le Premier amendement mentionne séparément la liberté de parole et la liberté de la presse est non pas fortuit sur le plan constitutionnel, mais une reconnaissance du rôle crucial que la presse joue dans la société américaine. La Constitution exige une sensibilisation à ce rôle et aux besoins particuliers de la presse dans l'exercice efficace de ce rôle. La personne qui visite la prison Santa Rita peut constater ce qui s'y passe avec ses propres yeux et oreilles. Mais si un reporter de télévision doit transmettre ce qu'il voit et entend dans la prison à ceux qui ne peuvent pas visiter la prison en personne, il doit utiliser les caméras et le matériel sonore. Bref, les conditions d'accès raisonnablement imposées aux particuliers peuvent, si elles empêchent la réalisation efficace de reportage sans justification suffisante, être abusives si elles sont appliquées aux journalistes qui sont là pour communiquer au grand public ce que voient les visiteurs.

Le juge Stewart était donc d'accord pour infirmer l'arrêt de la Court of Appeals, mais il aurait accordé à KQED une injonction plus limitée. Le juge Stevens, à l'avis duquel ont souscrit les juges Brennan et Powell, était dissident quant au résultat.

prison, either to the public or to the press, constituted a breach of the First and Fourteenth Amendments. The dissenting judges would have affirmed the decision of the Court of Appeals. Although the appellant succeeded, the effective majority position is the moderate one advanced by Stewart J., which would allow the press access with television cameras and other broadcast tools, to those places where there is a general right of access.

In an article by John H. F. Shattuck and Fritz Byers, it was argued that the speech and press clauses of the First Amendment are in fact separate, and complementary, aspects of constitutional protection of free expression (see "An Egalitarian Interpretation of the First Amendment" (1981), 16 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 377). In their view the net effect of the position that the press should have no rights of access beyond those of the public made in *Houchins, supra*, was to undermine the First Amendment freedoms for all citizens. The authors' position is that an egalitarian philosophy does not require that members of the press and all other citizens be treated in an identical manner. Rather the authors contend that the true meaning of the First Amendment is that the speech clause protects public speaking and political action while the press clause protects news-gathering, but in both cases the conduct undertaken lies "at the heart" of the right (see p. 398). The authors argued that the courts of the United States should recognize the significant and unique role of the press as the necessary agents for the gathering and dissemination of information to Americans.

In *Richmond Newspapers, supra*, the United States Supreme Court held that both the public and the press have a right of access to courts. In this judgment, the majority of the Court, in several concurring opinions, recognized that the First Amendment protection of freedom of speech and

Il a conclu que le fait de refuser au public ou à la presse l'accès à la prison constituait une violation des Premier et Quatorzième amendements. Les juges dissidents auraient confirmé l'arrêt de la Court of Appeals. Bien que l'appelant ait obtenu gain de cause, la véritable position adoptée par la majorité est la position modérée proposée par le juge Stewart, qui permettrait à la presse d'avoir accès, avec les caméras de télévision et le reste du matériel de radiodiffusion, aux endroits où il existe un droit d'accès général.

John H. F. Shattuck et Fritz Byers ont soutenu, dans un article, que, dans le Premier amendement, les dispositions relatives à la liberté de parole et à la liberté de la presse constituent, en fait, des aspects distincts, mais complémentaires, de la protection constitutionnelle de la libre expression (voir «An Egalitarian Interpretation of the First Amendment» (1981), 16 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 377). À leur avis, la position énoncée dans l'arrêt *Houchins*, précité, selon laquelle la presse ne devrait pas avoir de droits d'accès supérieurs à ceux du public, a nettement pour effet de miner les libertés garanties à tous les citoyens par le Premier amendement. D'après les auteurs, une philosophie égalitariste n'exige pas que les journalistes et tous les autres citoyens soient traités de la même manière. Les auteurs soutiennent plutôt que le Premier amendement signifie véritablement que la disposition relative à la liberté de parole protège le droit de parole et l'action politique du public tandis que la disposition relative à la liberté de la presse protège la collecte des nouvelles, mais, dans les deux cas, le comportement adopté se trouve [TRANSDUCTION] «au cœur» du droit en cause (voir p. 398). Les auteurs allèguent que les tribunaux des États-Unis devraient reconnaître le rôle unique et important de la presse en tant qu'agent nécessaire à la collecte et à la diffusion de l'information destinée aux Américains.

Dans l'arrêt *Richmond Newspapers*, précité, la Cour suprême des États-Unis a statué que le public et la presse jouissent tous deux d'un droit d'accès aux tribunaux. Dans cet arrêt, les juges ont reconnu, à la majorité et dans des opinions concordantes, que la protection de la liberté de parole et

the press required guarantees of access to information in order to have any significance. These guarantees vary depending on the information sought and the interest protected by preventing the gathering of that information. The Court held that, the importance of criminal trials to public life required that protection be given to access to criminal trials for the press and the public. In the words of Brennan J. (concurring in the judgment), at pp. 587-88:

But the First Amendment embodies more than a commitment to free expression and communicative interchange for their own sakes; it has a *structural* role to play in securing and fostering our republican system of self-government. . . . Implicit in this structural role is not only "the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open," *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964), but also the antecedent assumption that valuable public debate—as well as other civic behavior—must be informed. The structural model links the First Amendment to that process of communication necessary for a democracy to survive, and thus entails solicitude not only for communication itself, but also for the indispensable conditions of meaningful communication. [Emphasis in original.]

In my view the most significant aspect of the American jurisprudence is the recognition in *Richmond Newspapers* of the importance of protecting access to information in order to foster the free and informed public debate which is so essential to the continued well-being of any democratic form of government. Thus the American decisions may be of limited assistance to the appellant in resolving this issue. If anything the cases and academic writing appear to support the position of the respondent.

I would repeat that a balance must be kept between efficient and dignified operation of the legislative assembly and the right of freedom of expression. It seems that the regulation which is now in force with agreement of all parties with regard to the television cameras, limiting their number and position, is eminently fair and suitable

de la liberté de la presse prévue par le Premier amendement exigeait des garanties d'accès à l'information pour avoir un sens. Ces garanties varient selon les informations recherchées et l'intérêt protégé par l'interdiction de la collecte de ces informations. La Cour a conclu que l'importance que revêtent les procès criminels pour la vie publique exige que l'on protège le droit d'accès de la presse et du public aux procès criminels. Pour reprendre les termes du juge Brennan (qui a souscrit aux motifs du jugement), aux pp. 587 et 588:

[TRADUCTION] Mais le Premier amendement renferme plus qu'un engagement envers la libre expression et l'échange de communications en tant que tels; il a un rôle *structurel* à jouer en préservant et en favorisant notre système républicain d'autonomie gouvernementale [. . .] Font implicitement partie de ce rôle structurel non seulement «le principe selon lequel les débats sur les questions d'intérêt public doivent être libres, virils et ouverts à tous», *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964), mais également l'hypothèse précédente selon laquelle des débats publics valables—comme tout autre comportement civique—doivent être éclairés. Le modèle structurel relie le Premier amendement à ce processus de communication nécessaire à la survie d'une démocratie et entraîne donc une sollicitude à l'égard non seulement de la communication elle-même, mais également des conditions indispensables d'une communication utile. [En italique dans l'original.]

À mon avis, l'aspect le plus important de la jurisprudence américaine est la reconnaissance, dans l'arrêt *Richmond Newspapers*, de l'importance de protéger l'accès à l'information afin de favoriser les débats publics libres et éclairés qui sont si essentiels au bon fonctionnement de toute forme démocratique de gouvernement. Ainsi, les décisions américaines ne peuvent être que d'une utilité limitée à l'appelant pour résoudre la présente question. La jurisprudence et la doctrine semblent plutôt appuyer la position de l'intimée.

Je répéterais qu'il faut garder un équilibre entre le fonctionnement efficace et digne de l'assemblée législative et le droit à la liberté d'expression. Il semble que le règlement qui est actuellement en vigueur avec l'accord de toutes les parties en ce qui concerne les caméras de télévision, et qui limite leur nombre et leur emplacement, est extrê-

and would be justifiable under s. 1 of the *Charter*. However the refusal to permit any television cameras contravenes the provisions of s. 2(b) of the *Charter* and cannot be justified under s. 1.

VI. Disposition

In the result I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, CORY J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Graham D. Walker and Reinhold M. Endres, Halifax.

Solicitors for the respondent: Boyne, Clarke, Dartmouth.

Solicitors for the intervener the Speaker of the Senate: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the Speaker of the House of Commons: Soloway, Wright, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Speaker of the Legislative Assembly of Ontario: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the intervener the President of the National Assembly of Quebec: Langlois, Robert, Montréal.

Solicitors for the interveners the Speaker of the Legislative Assembly of Manitoba and the Speaker of the Legislative Assembly of Saskatchewan: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitors for the intervener the Speaker of the Legislative Assembly of British Columbia: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Speaker of the Legislative Assembly of Prince Edward Island: Roger B. Langille and Charles P. Thompson, Charlottetown.

Solicitors for the interveners the Speaker of the Legislative Assembly of Alberta, the Speaker of the Legislative Assembly of the Northwest Territories

mement juste et adéquat et pourrait se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Toutefois, le refus de toute caméra de télévision viole les dispositions de l'al. 2b) de la *Charte* et ne saurait se justifier en vertu de l'article premier.

VI. Dispositif

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge CORY est dissident.

Procureurs de l'appelant: Graham D. Walker et Reinhold M. Endres, Halifax.

Procureurs de l'intimée: Boyne, Clarke, Dartmouth.

Procureurs de l'intervenant le président du Sénat: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le président de la Chambre des communes: Soloway, Wright, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le président de l'Assemblée législative de l'Ontario: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le président de l'Assemblée nationale du Québec: Langlois, Robert, Montréal.

Procureurs des intervenants l'orateur de l'Assemblée législative du Manitoba et le président de l'Assemblée législative de la Saskatchewan: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

Procureurs de l'intervenant le président de l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le président de l'Assemblée législative de l'Île-du-Prince-Édouard: Roger B. Langille et Charles P. Thompson, Charlottetown.

Procureurs des intervenants le président de l'Assemblée législative de l'Alberta, le président de l'Assemblée législative des Territoires du Nord-

and the Speaker of the Legislative Assembly of the Yukon: Tarrabain & Company, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Speaker of the House of Assembly of Newfoundland: The Department of Justice, St. John's.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of Attorney General, Victoria.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Journalists: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Ouest et le président de l'Assemblée législative du Yukon: Tarrabain & Company, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le président de l'Assemblée législative de Terre-Neuve: Le ministère de la Justice, St. John's.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des journalistes: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Her Majesty The Queen, the Attorney General of Canada and the Honourable Otto Jelinek in his capacity as Minister of National Revenue *Appellants*

Sa Majesté la Reine, le procureur général du Canada et l'honorable Otto Jelinek, en sa qualité de ministre du Revenu national *Appellants*

v.

c.

Berl Baron and Howard Baron, C.A. *Respondents*

Berl Baron et Howard Baron, C.A. *Intimés*

and

et

The Attorney General for Ontario and the Attorney General of Quebec *Intervenors*

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

INDEXED AS: BARON v. CANADA

RÉPERTORIÉ: BARON c. CANADA

File No.: 22298.

d N° du greffe: 22298.

1992: February 6; 1993: January 21.

1992: 6 février; 1993: 21 janvier.

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

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Income tax — Enforcement — Search and seizure — Warrant authorizing search and seizure executed — Provision of Income Tax Act authorizing issuance of warrants restricting judicial discretion to issue warrants — Whether s. 231.3 of the Income Tax Act infringing ss. 7 and 8 of the Charter — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231.3 (ad. S.C. 1986, c. 6, s. 121) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Impôt sur le revenu — Mise en application — Perquisition et saisie — Exécution d'un mandat qui autorise une perquisition et une saisie — Restriction du pouvoir discrétionnaire judiciaire de décerner des mandats par une disposition de la Loi de l'impôt sur le revenu qui autorise la délivrance de mandats — L'article 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu porte-t-il atteinte aux art. 7 et 8 de la Charte? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231.3 (aj. S.C. 1986, ch. 6, art. 121) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Revenue Canada officers believed certain documents belonging to the respondents could afford evidence of the commission of various alleged offences under the *Income Tax Act*. The Federal Court, Trial Division, issued warrants under s. 231.3 of the Act to search respondents' residences and business premises and a large number of documents were seized. This section provided that the judge hearing the application "shall issue the warrant" where the judge is satisfied that there are reasonable grounds to believe an offence under the Act has been committed, a document or thing that may afford evidence of the commission of the offence is

Les fonctionnaires de Revenu Canada croyaient que certains documents appartenant aux intimés pouvaient constituer des éléments de preuve de diverses infractions à la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui auraient été commises. La Cour fédérale, Section de première instance, a décerné des mandats, en vertu de l'art. 231.3 de la Loi, afin de perquisitionner dans les résidences et les locaux d'affaires des intimés, et un grand nombre de documents ont été saisis. Cet article prévoit que le juge saisi de la demande «décerne le mandat» s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction prévue par la Loi a été commise, qu'il

* Stevenson J. took no part in the judgment.

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

likely to be found, and the place to be searched is likely to contain such a document or thing.

In 1989, respondents brought three motions and instituted an action in the Federal Court, Trial Division, seeking orders setting aside the search warrants, declaring s. 231.3 contrary to ss. 7, 8 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ordering the return or destruction of the items seized and of any summaries, notes or diagrams made from those items, and prohibiting the department from using such material.

The proceedings were dismissed with a single set of reasons. The Federal Court of Appeal considered the four appeals together and held s. 231.3 of the *Income Tax Act* to be contrary to ss. 7 and 8 of the *Charter*, allowing the appeals and quashing the search warrants on the basis that s. 231.3 of the Act violated ss. 7 and 8 of the *Charter*. On consent, the Minister appealed only one of the Court of Appeal's judgments to this Court. The constitutional question before the Court queried whether s. 231.3 limited the rights and freedoms guaranteed by ss. 7 and 8 of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed. Section 231.3 of the *Income Tax Act* violates s. 8 of the *Charter* and is of no force or effect.

A residual discretion in the judiciary to refuse to issue a search warrant in appropriate circumstances even though the statutory criteria for its issuance have been met is required by s. 8 of the *Charter* and s. 231.3(3) removed this residual discretion.

The exercise of a judicial discretion in the decision to grant or withhold authorization for a search warrant was fundamental to the scheme of prior authorization which is an indispensable requirement for compliance with s. 8. The decision to grant or withhold the warrant requires the balancing of two interests: that of the individual to be free of intrusions of the state and that of the state to intrude on the privacy of the individual for the purpose of law enforcement. The circumstances in which these conflicting interests must be balanced will vary greatly. The strength of the interests will be affected by matters such as the nature of the offence alleged, the nature of the intrusion sought including the place to be searched, the time of the search and the person or persons who are the subjects of the search. In

est vraisemblable de trouver des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration de l'infraction, que l'endroit qui doit faire l'objet de la perquisition contient vraisemblablement de tels documents ou choses.

En 1989, les intimés ont présenté trois requêtes et intenté une action en Cour fédérale, Section de première instance, en vue d'obtenir des ordonnances annulant les mandats de perquisition, déclarant que l'art. 231.3 viole les art. 7, 8 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, enjoignant de remettre ou de détruire tous les documents saisis ainsi que les résumés, notes ou diagrammes tirés de ces documents, et interdisant au Ministère d'utiliser ces documents.

Ces procédures ont été rejetées dans une seule série de motifs. La Cour d'appel fédérale a examiné les quatre appels ensemble et a conclu que l'art. 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* était contraire aux art. 7 et 8 de la *Charte*, a accueilli les appels et annulé les mandats de perquisition pour le motif que l'art. 231.3 de la *Loi* violait les art. 7 et 8 de la *Charte*. Avec le consentement des intimés, le Ministre s'est pourvu devant notre Cour contre un seul des arrêts de la Cour d'appel. La question constitutionnelle dont est saisie notre Cour est de savoir si l'art. 231.3 limite les droits et libertés garantis par les art. 7 et 8 de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. L'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* viole l'art. 8 de la *Charte* et est inopérant.

L'article 8 de la *Charte* prescrit un pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser de décerner un mandat de perquisition dans les circonstances appropriées même si les critères de la *Loi* relatifs à la délivrance de celui-ci ont été respectés, et le par. 231.3(3) a retiré ce pouvoir discrétionnaire résiduel.

L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire de décider d'accorder ou de refuser l'autorisation d'un mandat de perquisition était essentiel au régime d'autorisation préalable qui constituait une condition indispensable du respect de l'art. 8. La décision d'accorder ou de refuser le mandat exige de soupeser deux droits: celui du particulier d'être libre de toute ingérence de l'État et celui de l'État de s'immiscer dans la vie privée du particulier en vue d'appliquer la loi. Les circonstances dans lesquelles ces droits opposés doivent être soupesés varient beaucoup. Des questions comme la nature de l'infraction alléguée, la nature de l'ingérence demandée y compris l'endroit devant faire l'objet de la perquisition, le moment de la perquisition et la ou les personnes visées par la perquisition influenceront sur la force de ces

order to take account of the various factors affecting the balancing of the two interests, the authorizing judge must be empowered to consider all the circumstances. No set of criteria will always be determinative or sufficient to override the right of the individual to privacy. It is imperative, therefore, that a sufficient degree of flexibility be accorded to the authorizing officer in order that justice be done to the respective interests involved. The requirement that the officer authorizing the seizure be independent and capable of acting judicially is inconsistent with the notion that the state can dictate to him or her the precise circumstances under which the right of the individual can be overborne.

Section 231.3(3) provides that a judge "shall" issue the warrant once satisfied that the three statutory conditions set out therein have been satisfied. The word "shall" is normally to be construed as imperative unless such an interpretation would be utterly inconsistent with the context in which it has been used and would render the sections irrational or meaningless. Nothing in the context of s. 231.3 renders an imperative interpretation of the word "shall" in s. 231.3(3) inconsistent with the balance of the section or makes it irrational or meaningless.

Due to this imperative language, the issuing judge's discretionary power to attach pre-conditions to the issue of the warrant cannot be exercised once the statutory criteria for the issue of the warrant have been met. Moreover, a judge's inherent power to prevent an abuse of the court's process or a violation of a constitutional right does not confer on an issuing judge the discretion to refuse to issue a warrant in those circumstances. If the conditions set out in the subsection are exhaustive of all the conditions precedent of a reasonable search, an application which meets all of those conditions cannot be an abuse of the process.

The removal of the discretion to refuse to issue a warrant when all statutory criteria are met takes away the issuing judge's "balance wheel" function. In order to fulfil properly the "balance wheel" role required by s. 8 of the *Charter*, a judge must be able to weigh all the surrounding circumstances to determine whether in each case the interests of the state are superior to the individual's right to privacy. By restricting the factors that a judge may consider, Parliament has improperly

droits. Pour tenir compte des divers facteurs qui influent sur l'appréciation des deux droits, le juge qui donne l'autorisation doit être habilité à examiner toutes les circonstances. Aucune série de critères ne sera toujours déterminante ou suffisante pour l'emporter sur le droit d'un particulier à la protection de sa vie privée. Il est donc impérieux que l'officier qui donne l'autorisation jouisse d'une latitude suffisante pour que justice soit rendue à l'égard des droits respectifs visés. L'exigence que l'officier qui autorise la saisie soit indépendant et ait la capacité d'agir judiciairement est incompatible avec la notion que l'État peut lui dicter les circonstances précises dans lesquelles le droit du particulier peut être ignoré.

Le paragraphe 231.3(3) prévoit que le juge «décerne» («*shall issue*») le mandat s'il est convaincu que les trois conditions qui y sont énoncées sont remplies. Le terme «*shall*» doit normalement s'interpréter comme exprimant une obligation à moins qu'une telle interprétation ne soit absolument incompatible avec le contexte dans lequel il a été employé et ne rende les articles irrationnels ou vides de sens. Rien dans le contexte de l'art. 231.3 ne rend l'interprétation impérative de l'indicatif présent («*shall issue*») du par. 231.3(3) incompatible avec le reste de l'article ou ne rend ce paragraphe dénué de sens ou de portée.

En raison de ces termes exprimant une obligation, le pouvoir discrétionnaire du juge qui décerne le mandat d'en assortir la délivrance de conditions préalables ne saurait être exercé lorsque les critères fixés par la Loi relativement à la délivrance du mandat ont été respectés. De plus, le pouvoir inhérent d'un juge d'empêcher un recours abusif aux procédures de la cour ou la violation d'un droit constitutionnel ne confère pas au juge appelé à décerner le mandat le pouvoir discrétionnaire de refuser de le décerner dans ces circonstances. Si les conditions énoncées dans le paragraphe comprennent toutes les conditions préalables à une perquisition raisonnable, une requête qui satisfait à ces conditions ne peut être considérée comme abusive.

Le retrait du pouvoir discrétionnaire de refuser de décerner un mandat lorsque tous les critères fixés par la Loi sont respectés a pour effet de dépouiller le juge appelé à décerner le mandat de sa fonction de pondération. Afin de remplir convenablement le rôle de «pondération» qu'exige l'art. 8 de la *Charte*, un juge doit être en mesure d'apprécier toutes les circonstances pour déterminer si, dans chaque cas, les intérêts de l'État sont supérieurs au droit du particulier à la protection de sa vie privée. Lorsqu'il a limité les facteurs qu'un juge peut examiner, le Parlement a limité à tort la capacité

restricted a judge's ability to assess the reasonableness of a search.

Section 231.3(3) denies the issuing judge the discretion to refuse to issue a warrant where in all the circumstances a search or seizure would be unreasonable and, indeed, may require a judge to authorize an unreasonable search or seizure. By using the word "shall" the subsection violates s. 8 of the *Charter*.

Classifying a statute as regulatory, while it may affect the exercise of discretion by the authorizing judge, is not a basis for reading the requirement for a residual discretion out of s. 8. What is ultimately important are not labels (though these are undoubtedly useful), but the values at stake in the particular context. Given the intrusive nature of searches and the corresponding purpose of such a search to gather evidence for the prosecution of a taxpayer, there is no reason for a radical departure from the guidelines and principles expressed in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. The effect of any lessened expectation of privacy by reason of the character of the *Income Tax Act* will affect the authorizing judge's exercise of discretion but cannot justify eliminating it.

The argument was rejected that the "reasonable grounds" standard in s. 231.3(3) is constitutionally insufficient as being a lower standard than "reasonable and probable grounds", while only the latter satisfies s. 8 of the *Charter*. Nothing turns on the omission of the word "probable" from s. 231.3(3). The standard that the subsection sets out is one of credibly based probability, which is the standard required by s. 8. "Reasonable" is the same as "reasonable and probable" and imports the same standard. "Reasonable" comprehends a requirement of probability. The use of an interpretative "gloss" on the word to make it conform to constitutional requirements is an unnecessary strain on the meaning of the word. The alleged distinction between the two phrases was a "refined distinction" of the type found in American constitutional jurisprudence and is to be avoided in the interpretation of s. 8 of the *Charter*.

d'un juge d'évaluer le caractère raisonnable d'une perquisition.

Le paragraphe 231.3(3) enlève au juge appelé à décerner le mandat le pouvoir discrétionnaire de refuser de le décerner lorsque, selon toutes les circonstances, une perquisition ou une saisie serait abusive et, en fait, peut exiger qu'un juge autorise une perquisition ou une saisie abusive. En raison de l'utilisation de l'indicatif présent «décerne» («shall issue»), le paragraphe porte atteinte à l'art. 8 de la *Charte*.

Bien qu'elle puisse influencer sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge qui donne l'autorisation, la qualification d'une loi comme mesure de réglementation ne permet pas d'interpréter l'art. 8 comme prescrivant un pouvoir discrétionnaire résiduel. Ce qui importe en fin de compte, ce ne sont pas les étiquettes (bien qu'elles soient sans doute utiles), mais les valeurs en jeu dans le contexte particulier. Compte tenu de la nature envahissante des perquisitions et de leur objet correspondant qui est de recueillir des éléments de preuve afin de poursuivre un contribuable, il n'y a aucune raison de s'écarter de façon radicale des lignes directrices et des principes exposés dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Toute réduction des attentes en matière de protection de la vie privée en raison de la nature de la *Loi de l'impôt sur le revenu* influera sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge appelé à donner l'autorisation, mais ne saurait en justifier l'élimination.

On a rejeté l'argument voulant que la norme des «motifs raisonnables», au par. 231.3(3), n'est pas suffisante du point de vue constitutionnel car il s'agit d'une norme inférieure à celle des «motifs raisonnables et probables» et que seule cette dernière satisfait aux exigences de l'art. 8 de la *Charte*. L'omission du terme «probable» au par. 231.3(3) est sans conséquence. La norme que ce paragraphe établit est celle de la probabilité fondée sur la crédibilité, qui est la norme prescrite par l'art. 8. Le terme «raisonnable» correspond à l'expression «raisonnable et probable» et fait intervenir la même norme. Le «caractère raisonnable» comprend une exigence de probabilité. Le recours à une façon d'interpréter le terme de manière à le rendre conforme aux exigences de la Constitution revient à en forcer inutilement le sens. La prétendue distinction entre les deux expressions était une «distinction subtile» du genre qu'on trouve dans la jurisprudence américaine relative à la Constitution et doit être évitée dans l'interprétation de l'art. 8 de la *Charte*.

Section 231.3(3)(b), requiring the authorizing judge to be satisfied that a document or thing which “may afford evidence” is “likely to be found”, does not water down the minimum constitutional standard for the probability that the search will unearth evidence. The need to protect individuals against unreasonable searches in the form of “fishing expeditions” by the state has been recognized. A standard of credibly based probability rather than mere suspicion must be applied in determining when an individual’s interest in privacy is subordinate to the needs of law enforcement. The formulation in s. 231.3(3)(b) meets the “credibly based probability” standard required by s. 8 through its use of the word “likely” which imports the criterion of probability. The use of the word “may” regarding the use of the thing found as evidence in a prosecution simply reflects one of the realities of the investigation of offences. It is impossible to know with certainly at an early stage in any investigation what particular items will provide evidence in a trial.

The issue of whether s. 231.3(5) allowed the same kind of “wholesale search and seizures” without prior authorization which was found under the predecessor legislation to violate s. 8 of the *Charter* should be left to be resolved until such time as this Court is presented with a situation in which the provision was relied upon to seize documents.

No analysis under s. 1 of the *Charter* was undertaken. The burden was on the government to establish that the law constituted a reasonable limit, and it made no attempt to do so.

Cases Cited

Considered: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; **referred to:** *Kourtessis v. M.N.R.*, S.C.C., No. 21645, rendered April 22, 1993, rev’g (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1; *Solvent Petroleum Extraction Inc. v. Canada (M.N.R.)*, [1990] 1 F.C. 20 (C.A.), aff’g [1988] 3 F.C. 465 (leave to appeal refused, [1989] 2 S.C.R. xi); *Minis-*

L’alinéa 231.3(3)(b), qui exige que le juge appelé à donner l’autorisation soit convaincu qu’il est «vraisemblable de trouver» des documents ou choses qui «peuvent constituer des éléments de preuve», n’édulcore pas la norme constitutionnelle minimale relative à la probabilité que la perquisition permettra de découvrir des éléments de preuve. On a reconnu la nécessité de protéger les particuliers contre les perquisitions abusives sous forme de «recherches à l’aveuglette» effectuées par l’État. C’est la norme de la probabilité fondée sur la crédibilité plutôt que la norme du simple soupçon qui doit être appliquée pour déterminer quand le droit d’un particulier à la protection de sa vie privée est subordonné aux besoins en matière d’application de la loi. La formulation de l’al. 231.3(3)(b) respecte la norme de la «probabilité fondée sur la crédibilité» que prescrit l’art. 8, par l’utilisation du terme «vraisemblable» qui fait intervenir le critère de la probabilité. L’emploi du terme «peut» concernant l’utilisation de la chose découverte comme élément de preuve dans une poursuite reflète simplement l’une des réalités élémentaires de la procédure d’enquête relative aux infractions. Il est impossible de savoir avec certitude au début d’une enquête quels articles particuliers constitueront des éléments de preuve lors d’un procès.

La question de savoir si le par. 231.3(5) permet le même genre de «perquisitions et de saisies générales» sans l’autorisation préalable qui, sous le régime de la disposition législative précédente, a été jugée contraire à l’art. 8 de la *Charte* devrait être tranchée lorsque notre Cour aura à se prononcer sur une situation dans laquelle on se sera fondé sur la disposition pour saisir des documents.

Aucune analyse fondée sur l’article premier de la *Charte* n’a été effectuée. Il incombait au gouvernement de démontrer que la loi constituait une limite raisonnable et il n’a pas tenté de le faire.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; **arrêts mentionnés:** *Kourtessis c. M.R.N.*, C.S.C., n° 21645, rendu le 22 avril 1993, inf. (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1; *Solvent Petroleum Extraction Inc. c. Canada (M.R.N.)*, [1990] 1 C.F. 20 (C.A.), conf. [1988] 3 C.F. 465 (autorisation de pourvoi refusée, [1989] 2 R.C.S. xi); *Ministre*

ter of National Revenue v. Kruger Inc., [1984] 2 F.C. 535; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *Re Print Three Inc. and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 392, leave to appeal refused, [1985] 2 S.C.R. x; *Kohli v. Moase* (1987), 86 N.B.R. (2d) 15, aff'd on other grounds (1989), 55 D.L.R. (4th) 740; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *Minister of National Revenue v. Paroian*, [1980] C.T.C. 131; *Selye v. Quebec*, [1982] R.D.F.Q. 173; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97, leave to appeal refused, [1984] 2 S.C.R. ix; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, aff'g (1986), 30 C.C.C. (3d) 207; *Goguen v. Shannon* (1989), 50 C.C.C. (3d) 45; *Nima v. McInnes* (1988), 45 C.C.C. (3d) 419; *Wiens v. The Queen* (1973), 24 C.R.N.S. 341; *R. v. Burnett*, [1985] 2 C.T.C. 227; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, App. III, s. 2.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(d), 15.
Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 10(1).
Competition Act, R.S.C. 1970, c. C-23.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 443 [now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487].
Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 111(1).
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 121, 231.3(1), (2), (3), (4), (5), (6), (7), (8) [ad. S.C. 1986, c. 6] [formerly s. 231(4)], 239(1)(c), (d), 443 [now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487].
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 11.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1991] 1 F.C. 688, [1991] 1 C.T.C. 125, (1990), 91 D.T.C. 5055, 122 N.R. 47, (supplementary reasons, [1991] 1 F.C. 712, [1991] 1 C.T.C.

du Revenu national c. Kruger Inc., [1984] 2 C.F. 535; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *Re Print Three Inc. and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 392, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 2 R.C.S. x; *Kohli c. Moase* (1987), 86 N.B.R. (2d) 15, conf. pour d'autres motifs par (1989), 55 D.L.R. (4th) 740; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *Minister of National Revenue c. Paroian*, [1980] C.T.C. 131; *Selye c. Québec*, [1982] R.D.F.Q. 173; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97, autorisation de pourvoi refusée, [1984] 2 R.C.S. ix; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, conf. (1986), 30 C.C.C. (3d) 207; *Goguen c. Shannon* (1989), 50 C.C.C. (3d) 45; *Nima c. McInnes* (1988), 45 C.C.C. (3d) 419; *Wiens c. The Queen* (1973), 24 C.R.N.S. 341; *R. c. Burnett*, [1985] 2 C.T.C. 227; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11d), 15.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 443 [maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487].
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), app. III, art. 2.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 121, 231.3(1), (2), (3), (4), (5), (6), (7), (8) [aj. S.C. 1986, ch. 6] [auparavant art. 231(4)], 239(1)(c), (d), 443 [maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487].
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 11.
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 10(1).
Loi sur la concurrence, S.R.C. 1970, ch. C-23.
Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), art. 111(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1991] 1 C.F. 688, [1991] 1 C.T.C. 125, (1990), 91 D.T.C. 5055, 122 N.R. 47, (motifs supplémentaires, [1991] 1 C.F. 712, [1991] 1 C.T.C.

408, (1991), 91 D.T.C. 5134) granting an appeal from a judgment of Reed J., [1990] 2 F.C. 262, [1990] 1 C.T.C. 84, (1989), 30 F.T.R. 188, 90 D.T.C. 6040. Appeal dismissed. Section 231.3(3) of the *Income Tax Act* violates s. 8 of the *Charter* and is of no force or effect.

John R. Power, Q.C., Pierre Loiselle, Q.C., and Robert Frater, for the appellants.

Guy Du Pont, Basile Angelopoulos and Ariane Bourque, for the respondents.

Janet E. Minor and Tanya Lee, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Yves Ouellette, Judith Kucharsky and Diane Bouchard, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—

I. Introduction

This appeal was heard concurrently with *Kourtessis v. M.N.R.*, S.C.C., No. 21645. Both appeals address the validity of search warrants issued and executed under s. 231.3 of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended (hereinafter *ITA*). In each case the persons subjected to search and seizure applied in court to have the searches and seizures invalidated and set aside, and the things seized returned, on the ground that s. 231.3 of the *ITA* violates ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that consequently, the section and the impugned warrants, searches and seizures are of no force or effect. *Kourtessis* also raises an additional issue as to the jurisdiction of the Court of Appeal and of this Court to hear the appeal. Judgment in that appeal will be released in due course. [*Kourtessis v. M.N.R.* was rendered April 22, 1993.]

The nub of this appeal is the *ITA*'s limitation of the judicial discretion of the issuing judge by use

408, (1991), 91 D.T.C. 5134), qui a accueilli l'appel interjeté contre un jugement du juge Reed, [1990] 2 C.F. 262, [1990] 1 C.T.C. 84, (1989), 30 F.T.R. 188, 90 D.T.C. 6040. Pourvoi rejeté. Le paragraphe 231.3(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* viole l'art. 8 de la *Charte* et est inopérant.

John R. Power, c.r., Pierre Loiselle, c.r., et Robert Frater, pour les appelants.

Guy Du Pont, Basile Angelopoulos et Ariane Bourque, pour les intimés.

Janet E. Minor et Tanya Lee, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Yves Ouellette, Judith Kucharsky et Diane Bouchard, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—

I. Introduction

Le présent pourvoi a été entendu en même temps que *Kourtessis c. M.R.N.*, C.S.C., n° 21645. Les deux portent sur la validité des mandats de perquisition décernés et exécutés en application de l'art. 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 et ses modifications (ci-après la *LIR*). Dans chaque cas, les personnes qui ont fait l'objet de perquisitions et de saisies ont demandé au tribunal de les invalider, de les annuler et de remettre les biens saisis, pour le motif que l'art. 231.3 de la *LIR* viole les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que, par conséquent, l'article ainsi que les mandats, perquisitions et saisies contestés sont inopérants. L'affaire *Kourtessis* soulève également une autre question quant à la compétence de la Cour d'appel et de notre Cour pour entendre le pourvoi. Le jugement dans ce pourvoi sera rendu en temps utile. [L'arrêt *Kourtessis c. M.R.N.* a été rendu le 22 avril, 1993.]

Le présent pourvoi porte essentiellement sur la restriction qu'impose la *LIR* sur le pouvoir discrétionnaire

of the word "shall" in s. 231.3(3). I conclude, for reasons I will state below, that s. 231.3 of the *ITA* violates s. 8 of the *Charter* in so far as it removes the residual discretion of the issuing judge to refuse to issue a search warrant in the proper circumstances, notwithstanding that the statutory criteria for its issuance have been met. By reason of this violation and pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, s. 231.3 is of no force or effect and the search warrants issued and executed thereunder against the respondents are also invalid and of no force or effect.

In my view, the appeal can be disposed of entirely on the basis of s. 8 of the *Charter*. It is therefore not necessary to consider the respondents' argument that s. 7 was also violated. Nor do I propose to consider separately the question of whether the impugned section improperly interferes with judicial independence. In my view, this is merely another ground which supports my conclusion with respect to the importance of a residual judicial discretion.

Neither the parties nor the interveners have made arguments or referred to any evidence either in this appeal or in *Kourtesis* in relation to s. 1 of the *Charter* or capable of demonstrating that the violation of s. 8 is justified within the meaning of s. 1. It will therefore not be necessary to consider whether this legislation permitting unreasonable searches can be demonstrably justified as a reasonable limit on the right to be secure against unreasonable searches.

II. The Facts

After an investigation, Revenue Canada officers formed the opinion that certain documents belonging to the respondents Berl and Howard Baron could afford evidence of the commission of various alleged offences under the *ITA*. The allegation was that Xentec Laboratories Inc. had made false

tionnaire du juge qui décerne le mandat par l'emploi de l'indicatif présent (le mot «*shall*» dans le texte anglais) dans le par. 231.3(3). Je conclus, pour les motifs qui vont suivre, que l'art. 231.3 de la *LIR* viole l'art. 8 de la *Charte* dans la mesure où il enlève au juge qui décerne le mandat le pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser de décerner un mandat de perquisition dans les circonstances appropriées, même si les critères de la Loi relatifs à la délivrance de celui-ci ont été respectés. En raison de cette violation et conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'art. 231.3 est inopérant et les mandats de perquisition décernés et exécutés en application de celui-ci contre les intimés sont également invalides et inopérants.

À mon avis, le pourvoi peut être réglé entièrement sur le fondement de l'art. 8 de la *Charte*. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument des intimés selon lequel il y a également eu violation de l'art. 7. Je ne compte pas non plus examiner séparément la question de savoir si l'article contesté entrave d'une manière inappropriée l'indépendance judiciaire. À mon avis, il s'agit simplement d'un autre moyen qui justifie ma conclusion relative à l'importance du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge.

Ni les parties, ni les intervenants n'ont présenté d'arguments ou d'éléments de preuve en l'espèce ou dans le pourvoi *Kourtesis* relativement à l'article premier de la *Charte*, ni n'ont été en mesure de démontrer que la violation de l'art. 8 est justifiée au sens de l'article premier. Il ne sera donc pas nécessaire d'examiner s'il est possible de démontrer que ce texte législatif qui permet d'effectuer des perquisitions abusives est justifiable comme limite raisonnable au droit d'être protégé contre les perquisitions abusives.

II. Les faits

Après une enquête, les fonctionnaires de Revenu Canada se sont rendu compte que certains documents appartenant aux intimés Berl et Howard Baron pouvaient constituer des éléments de preuve de diverses infractions à la *LIR* qui auraient été commises. On alléguait que Xentec Laboratories

or deceptive entries in its books of account and evaded or attempted to evade compliance with the *ITA*, in violation of *ITA* ss. 239(1)(c) and (d). On August 7, 1986, Strayer J. of the Federal Court, Trial Division, issued warrants to search the Barons' residences and business premises (the law firm Baron and Abrams, and the accounting firm Baron, Merton). The warrants were executed and a large number of documents were seized.

On June 21, 1989 Berl and Howard Baron brought three motions and instituted an action in the Federal Court, Trial Division. The motions sought orders:

- (a) setting aside the search warrants;
- (b) declaring s. 231.3 *ITA* of no force or effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, because it is inconsistent with ss. 7, 8 and 15 of the *Charter*;
- (c) ordering the return to the Barons of all the items seized and extracts or copies thereof;
- (d) ordering the return of all summaries, notes or diagrams taken from the items seized;
- (e) prohibiting the Department from using the items or summaries, notes, diagrams or information taken thereof; and
- (f) ordering the destruction of all summaries, copies, notes or diagrams not returned to the Barons.

The ground for the motions was that the searches and seizures were unreasonable because s. 231.3 *ITA* is inconsistent with ss. 7, 8 and 15 of the *Charter* and consequently is of no force or effect.

The relief requested in the action instituted at the same time as the motions was to the same effect. The Barons sought a declaration that s. 231.3 *ITA* was inconsistent with ss. 7, 8 and 15 of the *Charter* and of no force or effect, and that the warrants and searches and seizures which followed were unreasonable and consequently of no force or effect. They also sought an order compel-

Inc. avait fait des inscriptions fausses ou trompeuses dans ses livres de comptes et s'était soustraite ou avait tenté de se soustraire à l'application de la *LIR*, contrairement aux al. 239(1)c) et d) de la *LIR*.

a Le 7 août 1986, le juge Strayer de la Cour fédérale, Section de première instance, a décerné des mandats pour perquisitionner dans les résidences et les locaux d'affaires des Baron (le cabinet d'avocats Baron et Abrams et le bureau de comptables Baron, Merton). Les mandats ont été exécutés et un grand nombre de documents ont été saisis.

Le 21 juin 1989, Berl et Howard Baron ont présenté trois requêtes et intenté une action en Cour fédérale, Section de première instance. Les requêtes visaient à obtenir des ordonnances:

- a) annulant les mandats de perquisition;
- b) déclarant que l'art. 231.3 de la *LIR* est inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, parce qu'il n'est pas conforme aux art. 7, 8 et 15 de la *Charte*;
- c) enjoignant de remettre aux Baron tous les documents saisis et les extraits ou copies de ceux-ci;
- d) enjoignant de remettre tous les résumés, notes ou diagrammes tirés des documents saisis;
- e) interdisant au Ministère d'utiliser les documents ou résumés, notes, diagrammes ou renseignements tirés de ceux-ci; et
- f) enjoignant de détruire tous les résumés, copies, notes ou diagrammes non remis aux Baron.

Les requêtes étaient fondées sur le motif que les perquisitions et les saisies étaient abusives parce que l'art. 231.3 de la *LIR* est incompatible avec les art. 7, 8 et 15 de la *Charte* et, par conséquent, inopérant.

La réparation demandée dans l'action intentée en même temps que les requêtes visait le même résultat. Les Baron ont sollicité un jugement déclarant que l'art. 231.3 de la *LIR* était incompatible avec les art. 7, 8 et 15 de la *Charte* et inopérant, et que les mandats et les perquisitions et saisies qui ont suivi étaient abusifs et donc inopérants. Ils ont également cherché à obtenir une ordonnance enjoin-

ling the return, non-use or destruction of items seized and copies and summaries thereof corresponding to paragraphs (c) through (f) of the relief sought in the motions, above.

As the trial judge, Reed J., summarized, [1990] 2 F.C. 262, at pp. 266-67, the respondents contended that the search and seizure provisions in s. 231.3 were invalid because:

... (1) subsection 231.3(3) allows no discretion to a judge to guard against abusive searches and seizures — it requires a judge to issue a warrant if satisfied that there are reasonable grounds to believe that an offence has been committed and that evidence of that offence is likely to be found in certain premises; (2) subsection 231.3(5) allows wholesale searches and seizures, without adequate authorization, and therefore does not meet the requirements of a constitutionally valid search and seizure power, as set out in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145 . . . ; (3) the requirements under subsection 231.3(3) do not meet the requirements of *Hunter v. Southam (supra)* because they only require that there be reasonable grounds to believe that an offence has been committed — this is a lesser test than one requiring that there be “reasonable and probable” grounds; (4) the provisions of section 231.3 offend section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* . . . because there are two avenues by which warrants can be obtained . . . and the appeal provisions differ depending upon which route is chosen. . . . [Emphasis in original.]

The respondents also attacked some of the warrants on the basis that they did not contain a clause protecting documents which were subject to solicitor-client privilege or which arose in the course of an accountant-client confidential relationship.

The motions and action for a declaration were dismissed with a single set of reasons by Reed J. These judgments were appealed to the Federal Court of Appeal, which allowed all four appeals: *Baron v. Canada*, [1991] 1 F.C. 688. Hugessen J.A. (for the court) dealt with all four appeals

gnant de remettre, de ne pas utiliser ou de détruire les documents saisis ainsi que les copies et résumés de ceux-ci, ce qui correspond aux alinéas c) à f) de la réparation demandée dans les requêtes susmentionnées.

Comme l’a résumé le juge Reed en première instance, [1990] 2 C.F. 262, aux pp. 266 et 267, les intimés ont soutenu que les dispositions relatives aux perquisitions et aux saisies contenues à l’art. 231.3 étaient invalides pour les motifs suivants:

... (1) le paragraphe 231.3(3) n’accorde au juge aucun pouvoir discrétionnaire de prévenir les fouilles et perquisitions abusives; il impose au juge l’obligation de délivrer un mandat s’il est convaincu qu’il existe des motifs raisonnables de croire qu’une infraction a été commise et qu’il est vraisemblable de trouver la preuve de cette infraction dans certains endroits; (2) le paragraphe 231.3(5) permet les fouilles et perquisitions générales sans autorisation appropriée et ne respecte donc pas les exigences d’un pouvoir de fouille et de perquisition constitutionnellement valide qui sont énoncées dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 [. . .]; (3) les conditions énoncées au paragraphe 231.3(3) ne respectent pas les critères de l’arrêt *Hunter c. Southam* (précité), parce qu’elles exigent simplement l’existence de motifs raisonnables de croire qu’une infraction a été commise, ce qui constitue un critère moins sévère que l’existence de motifs «raisonnables et probables»; (4) les dispositions de l’article 231.3 contreviennent à l’article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [. . .] parce qu’il existe deux façons d’obtenir des mandats [. . .] et que les dispositions relatives à l’appel diffèrent selon la solution choisie . . . [Souligné dans l’original.]

Les intimés ont également contesté certains des mandats pour le motif qu’ils ne contenaient pas une clause protégeant les documents visés par le secret professionnel de l’avocat ou rédigés dans le cadre de la relation confidentielle entre un comptable et son client.

Les requêtes et l’action visant à obtenir un jugement déclaratoire ont été rejetés dans une seule série de motifs rédigés par le juge Reed. Ces jugements ont fait l’objet d’un appel devant la Cour d’appel fédérale qui a accueilli tous les quatre appels: *Baron c. Canada*, [1991] 1 C.F. 688. Le

together as they raised identical issues. He held that s. 231.3 violated ss. 7 and 8 of the *Charter* and was consequently of no force or effect, and quashed the search warrants. With the consent of the Barons, the Minister sought to appeal only one of the Court of Appeal's judgments to this Court. Leave to appeal to this Court was granted on May 16, 1991 at which time it was ordered that *Baron* be heard on the same day as *Kourtessis*.

III. The Issues

On June 20, 1991, Chief Justice Lamer stated the following constitutional question for the consideration of the Court:

Whether s. 231.3 of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended by S.C. 1986, c. 6, limits the rights and freedoms guaranteed by ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act, 1982* (U.K.), 1982, c. 11, and is consequently of no force or effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982* (U.K.), 1982, c. 11.

It is to be noted that only ss. 7 and 8 of the *Charter* are invoked before this Court. The argument based on the s. 15 equality guarantee has been abandoned as a basis on which to attack s. 231.3 and the warrants. Section 231.3 is alleged to infringe ss. 7 and 8 of the *Charter* in the following respects:

1. subs. (3) is invalid in that it removes from the authorizing judge a residual discretion; *h*
2. subs. (3) is invalid in that "reasonable grounds" fails to meet the minimum constitutional standard of "reasonable and probable grounds"; *i*
3. subs. (3)(b) is invalid in that the words "may afford evidence" fail to meet the minimum constitutional standard for the discovery of evidence; *j*

juge Hugessen (au nom de la cour) a examiné les quatre appels ensemble parce qu'ils soulevaient des questions identiques. Il a conclu que l'art. 231.3 violait les art. 7 et 8 de la *Charte* et était donc inopérant, et il a annulé les mandats de perquisition. Avec le consentement des Barons, le Ministre a demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour contre un seul des arrêts de la Cour d'appel. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 16 mai 1991, date à laquelle il a été ordonné que l'affaire *Baron* soit entendue le même jour que l'affaire *Kourtessis*.

c III. Les questions en litige

Le 20 juin 1991, le juge en chef Lamer a énoncé la question constitutionnelle suivante qui devrait être examinée par notre Cour:

L'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, modifié par S.C. 1986, ch. 6, limite-t-il les droits et libertés garantis par les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11, et est-il, par conséquent, inopérant conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11?

f Il convient de souligner que seuls les art. 7 et 8 de la *Charte* sont invoqués devant notre Cour. L'argument fondé sur la garantie d'égalité de l'art. 15 a été abandonné comme moyen de contester l'art. 231.3 et les mandats. L'article 231.3 porterait atteinte aux art. 7 et 8 de la *Charte* de la manière suivante:

1. Le paragraphe (3) est invalide car il enlève au juge qui décerne le mandat un pouvoir discrétionnaire résiduel;
2. Le paragraphe (3) est invalide parce que l'expression «motifs raisonnables» ne satisfait pas à la norme constitutionnelle minimale des «motifs raisonnables et probables»;
3. L'alinéa (3)b) est invalide parce que les termes «peuvent constituer des éléments de preuve» ne satisfont pas à la norme constitutionnelle minimale en matière de communication de la preuve;

4. subs. (5) is invalid in that it authorizes a wholesale search and seizure.

4. Le paragraphe (5) est invalide parce qu'il autorise une perquisition et une saisie générales.

IV. Pertinent Legislation

A. *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended by S.C. 1986, c. 6, s. 121

The provision under which the search warrants in both cases were sought and issued and which forms the centrepiece of the present litigation is s. 231.3 of the *ITA*, which I reproduce here in its entirety.

231.3 (1) A judge may, on *ex parte* application by the Minister, issue a warrant in writing authorizing any person named therein to enter and search any building, receptacle or place for any document or thing that may afford evidence as to the commission of an offence under this Act and to seize and, as soon as practicable, bring the document or thing before, or make a report in respect thereof to, the judge or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

(2) An application under subsection (1) shall be supported by information on oath establishing the facts on which the application is based.

(3) A judge shall issue the warrant referred to in subsection (1) where he is satisfied that there are reasonable grounds to believe that

(a) an offence under this Act has been committed;

(b) a document or thing that may afford evidence of the commission of the offence is likely to be found; and

(c) the building, receptacle or place specified in the application is likely to contain such a document or thing.

(4) A warrant issued under subsection (1) shall refer to the offence for which it is issued, identify the building, receptacle or place to be searched and the person alleged to have committed the offence and it shall be reasonably specific as to any document or thing to be searched for and seized.

(5) Any person who executes a warrant under subsection (1) may seize, in addition to the document or thing referred to in subsection (1), any other document or

a IV. Les dispositions législatives pertinentes

A. *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, modifiée par S.C. 1986, ch. 6, art. 121

La disposition en vertu de laquelle les mandats de perquisition ont été demandés et décernés dans les deux affaires et qui constitue l'élément central du présent litige est l'art. 231.3 de la *LIR*, dont voici le texte intégral:

231.3 (1) Sur requête *ex parte* du ministre, un juge peut décerner un mandat écrit qui autorise toute personne qui y est nommée à pénétrer dans tout bâtiment, contenant ou endroit et y perquisitionner pour y chercher des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi, à saisir ces documents ou choses et, dès que matériellement possible, soit à les apporter au juge ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit à lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.

(2) La requête visée au paragraphe (1) doit être appuyée par une dénonciation sous serment qui expose les faits au soutien de la requête.

(3) Le juge saisi de la requête décerne le mandat mentionné au paragraphe (1) s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire ce qui suit:

a) une infraction prévue par la présente loi a été commise;

b) il est vraisemblable de trouver des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration de l'infraction;

c) le bâtiment, contenant ou endroit précisé dans la requête contient vraisemblablement de tels documents ou choses.

(4) Un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) doit indiquer l'infraction pour laquelle il est décerné, dans quel bâtiment, contenant ou endroit perquisitionner ainsi que la personne accusée d'avoir commis l'infraction. Il doit donner suffisamment de précisions sur les documents ou choses à chercher et à saisir.

(5) Quiconque exécute un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) peut saisir, outre les documents ou choses mentionnés à ce paragraphe, tous autres documents

thing that he believes on reasonable grounds affords evidence of the commission of an offence under this Act and shall as soon as practicable bring the document or thing before, or make a report in respect thereof to, the judge who issued the warrant or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

(6) Subject to subsection (7), where any document or thing seized under subsection (1) or (5) is brought before a judge or a report in respect thereof is made to a judge, the judge shall, unless the Minister waives retention, order that it be retained by the Minister, who shall take reasonable care to ensure that it is preserved until the conclusion of any investigation into the offence in relation to which the document or thing was seized or until it is required to be produced for the purposes of a criminal proceeding.

(7) Where any document or thing seized under subsection (1) or (5) is brought before a judge or a report in respect thereof is made to a judge, the judge may, of his own motion or on summary application by a person with an interest in the document or thing on three clear days notice of application to the Deputy Attorney General of Canada, order that the document or thing be returned to the person from whom it was seized or the person who is otherwise legally entitled thereto if the judge is satisfied that the document or thing

(a) will not be required for an investigation or a criminal proceeding; or

(b) was not seized in accordance with the warrant or this section.

(8) The person from whom any document or thing is seized pursuant to this section is entitled, at all reasonable times and subject to such reasonable conditions as may be imposed by the Minister, to inspect the document or thing and to obtain one copy of the document at the expense of the Minister.

B. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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

ou choses qu'il croit, pour des motifs raisonnables, constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi. Il doit, dès que matériellement possible, soit apporter ces documents ou choses au juge qui a décerné le mandat ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.

(6) Sous réserve du paragraphe (7), lorsque des documents ou choses saisis en vertu du paragraphe (1) ou (5) sont apportés à un juge ou qu'il en est fait rapport à un juge, ce juge ordonne que le ministre les retienne sauf si celui-ci y renonce. Le ministre qui retient des documents ou choses doit en prendre raisonnablement soin pour s'assurer de leur conservation jusqu'à la fin de toute enquête sur l'infraction en rapport avec laquelle les documents ou choses ont été saisis ou jusqu'à ce que leur production soit exigée aux fins d'une procédure criminelle.

(7) Le juge à qui des documents ou choses saisis en vertu du paragraphe (1) ou (5) sont apportés ou à qui il en est fait rapport peut, d'office ou sur requête sommaire d'une personne ayant un droit dans ces documents ou choses avec avis au sous-procureur général du Canada trois jours francs avant qu'il y soit procédé, ordonner que ces documents ou choses soient restitués à la personne à qui ils ont été saisis ou à la personne qui y a légalement droit par ailleurs, s'il est convaincu que ces documents ou choses;

a) soit ne seront pas nécessaires à une enquête ou à une procédure criminelle;

b) soit n'ont pas été saisis conformément au mandat ou au présent article.

(8) La personne à qui des documents ou choses sont saisis conformément au présent article a le droit, en tout temps raisonnable et aux conditions raisonnables que peut imposer le ministre, d'examiner ces documents ou choses et d'obtenir reproduction des documents aux frais du ministre en une seule copie.

B. *Charte canadienne des droits et libertés*

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

V. Judgments Below

A. *Federal Court, Trial Division (Reed J.)*

Reed J. dealt with each of the respondents' attacks on s. 231.3 in turn. First came the issue of judicial discretion. She felt bound by the Federal Court of Appeal's decision in *Solvent Petroleum Extraction Inc. v. Canada (M.N.R.)*, [1990] 1 F.C. 20 (C.A.), aff'g [1988] 3 F.C. 465, leave to appeal refused, [1989] 2 S.C.R. xi [hereinafter *Solvent Petroleum*], in which Desjardins J.A. (Pratte and Stone JJ.A., concurring) said, at p. 24; that if the statutory conditions are met, the issuing judge must issue the warrant. Reed J. then cited other decisions and authorities on the interpretation of the word "shall", some holding it to be mandatory, others holding it to have been a slip by the legislature, which had intended to say "may". She then reproduced a long excerpt from the British Columbia Court of Appeal's reasons in *Kourtessis v. M.N.R.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1, in which Locke J.A. concluded that while s. 231.3(3) deprives the issuing judge of the discretion to refuse a warrant once the statutory criteria are met, it preserves the judge's crucial "balance wheel" function of deciding whether the facts before him or her are sufficient to warrant an intrusion of privacy, and thus does not defeat the standards of *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. In any event, Locke J.A. held the judge may attach conditions to the execution of the warrant. Reed J. thought that perhaps s. 2 of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, App. III, or the court's inherent control over the abuse of its own process, might allow an issuing judge to refuse to issue an abusive warrant. She agreed that certainly the issuing judge could attach conditions to the warrant. But ultimately she declined to decide the question of whether ss. 231.3(3) removed the issuing judge's discretion to refuse to issue a warrant where to do so would be abusive, since in her view no abusive search or seizure in violation of s. 8 of the *Charter* had

V. Jugements des tribunaux d'instance inférieure

A. *Cour fédérale, Section de première instance (le juge Reed)*

Le juge Reed a examiné à tour de rôle chaque attaque des intimés contre l'art. 231.3. Premièrement, il y a eu la question du pouvoir discrétionnaire judiciaire. Elle s'est sentie liée par l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Solvent Petroleum Extraction Inc. c. Canada (M.R.N.)*, [1990] 1 C.F. 20 (C.A.), conf. [1988] 3 C.F. 465; autorisation de pourvoi refusée, [1989] 2 R.C.S. xi [ci-après *Solvent Petroleum*], dans lequel le juge Desjardins (aux motifs duquel ont souscrit les juges Pratte et Stone) a dit, à la p. 24, que lorsque les conditions prescrites par la Loi sont remplies, le juge qui est appelé à le faire doit décerner le mandat. Le juge Reed a ensuite cité d'autres arrêts et ouvrages de doctrine portant sur l'interprétation du mot «*shall*» en anglais, où tantôt on juge que ce terme a un caractère obligatoire, tantôt on juge qu'il s'agit d'une erreur du législateur qui avait voulu dire «*may*» («*peut*» ou «*peuvent*»). Elle a ensuite reproduit un long extrait de l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *Kourtessis c. M.N.R.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1, dans lequel le juge Locke a conclu que, bien que le par. 231.3(3) prive le juge qui décerne le mandat du pouvoir discrétionnaire de refuser un mandat lorsque les critères prescrits par la Loi sont respectés, il préserve la fonction cruciale de pondération du juge, qui consiste à décider si les faits qui lui sont présentés sont suffisants pour justifier une atteinte à la vie privée, et par conséquent, ne contrecarrent pas les normes établies dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. De toute façon, le juge Locke a conclu que le juge peut assortir de conditions l'exécution du mandat. Le juge Reed était d'avis que l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), app. III, ou le pouvoir inhérent de la cour de contrôler l'utilisation abusive de ses propres procédures pourrait peut-être permettre à un juge de refuser de décerner un mandat abusif. Elle a convenu que le juge qui décerne le mandat pouvait certainement fixer des conditions au mandat. Toutefois, elle a finalement refusé de trancher la question de savoir si le par. 231.3(3) enlevait au juge appelé à décerner le mandat le pouvoir discrétionnaire.

occurred in this case and there was no factual underpinning for the argument (at p. 275).

Then came the issue of wholesale search and seizure under s. 231.3(5). Reed J. referred to the general requirement of prior authorization enunciated in *Hunter, supra*, and the Federal Court of Appeal's judgment in *Minister of National Revenue v. Kruger Inc.*, [1984] 2 F.C. 535, striking down as too wide and general the search power in s. 231.3's predecessor (s. 231(4), which allowed the seizure of anything that may afford evidence of the violation of any provision of the *ITA* or a regulation). She then quoted extensively from *Solvent Petroleum, supra*, in which the Federal Court of Appeal held that the "plain view" seizure permitted by the *ITA* met the test of reasonableness and therefore of validity. Reed J. held that decision to be binding on her.

The next issue was whether it was sufficient to require only "reasonable grounds to believe" (s. 231.3(3)) instead of "reasonable and probable grounds". Reed J. referred extensively to the British Columbia Court of Appeal's decision in *Kourtessis, supra*, which held that "reasonable" in the context of s. 231.3(3) satisfied the "more-probable-than-not test" required by *Hunter, supra*. She then referred to *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 523, which stated the *Hunter* test to be "reasonable and probable grounds", and juxtaposed that with the conclusion reached in *Solvent Petroleum, supra* (adopting Lysyk J.'s conclusion in *Kourtessis, supra*), that the absence of a statutory requirement for probable as well as reasonable grounds for belief was not constitutionally fatal since the only explicit requirement in s. 8 is that of reasonableness which comprehended a requirement of probability.

tionnaire de refuser de le décerner lorsqu'il serait abusif de le faire, puisque, à son avis, il n'y a pas eu en l'espèce de perquisition ou de saisie abusive en violation de l'art. 8 de la *Charte* et que l'argument n'était pas fondé sur des faits (p. 275).

Elle a ensuite abordé la question des perquisitions et des saisies générales aux termes du par. 231.3(5). Le juge Reed a mentionné l'exigence générale de l'autorisation préalable énoncée dans l'arrêt *Hunter*, précité, et l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Ministre du Revenu national c. Kruger Inc.*, [1984] 2 C.F. 535, qui a annulé, pour le motif qu'il était trop large et trop général, le pouvoir de perquisition que conférait la disposition qui a précédé l'art. 231.3 (le par. 231(4) qui permettait la saisie de toutes choses pouvant servir de preuve de la violation de toute disposition de la *LIR* ou d'un règlement). Elle a ensuite cité de longs extraits de l'arrêt *Solvent Petroleum*, précité, dans lequel la Cour d'appel fédérale a conclu que la saisie «d'objets bien en vue» autorisée par la *LIR* satisfaisait au critère du caractère raisonnable et donc de la validité. Le juge Reed a conclu qu'elle était liée par cet arrêt.

La question suivante était de savoir s'il était suffisant de n'exiger que des «motifs raisonnables de croire» (par. 231.3(3)) plutôt que des «motifs raisonnables et probables». Le juge Reed a cité largement l'arrêt *Kourtessis*, précité, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, où on a conclu que le terme «raisonnable», dans le contexte du par. 231.3(3), respecte la «norme de la probabilité plus grande que l'improbabilité» prescrite par l'arrêt *Hunter*, précité. Elle a ensuite mentionné l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, où on a dit, à la p. 523, que le critère de l'arrêt *Hunter* est l'existence de «motifs raisonnables et probables» et on l'a juxtaposé à la conclusion tirée dans l'arrêt *Solvent Petroleum*, précité (qui a adopté la conclusion du juge Lysyk dans l'arrêt *Kourtessis*, précité), que l'absence d'une exigence légale de motifs probables aussi bien que raisonnables de croire n'était pas fatale du point de vue constitutionnel étant donné que la seule exigence explicite de l'art. 8 est celle du caractère raisonnable qui comprend une exigence de probabilité.

Reed J. then went on to reject the respondents' s. 15 argument and their arguments based on solicitor-client or accountant-client privilege. She dismissed the application with one set of costs.

B. Federal Court of Appeal (Hugessen J.A., Pratte and Marceau J.J.A., concurring)

Hugessen J.A. wrote the reasons for the court's decision. He started by considering the characterization of the search and seizure provisions of the *ITA* for the purposes of determining the taxpayer's reasonable expectation of privacy under s. 8 of the *Charter*. He rejected the contention that the procedures constituted an administrative enforcement mechanism as described in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, holding instead that they were concerned with the detection and prosecution of crime. No easing of *Charter* standards was therefore justified; on the contrary, "nothing less than the full panoply of *Charter* protection is appropriate" (at p. 694).

Hugessen J.A. then broached the substantive issues. On the first question of judicial discretion and the use of the words "shall issue" in s. 231.3(3), he held that any text which specifically excludes the residual discretion to refuse to issue a warrant where the circumstances do not justify an invasion of privacy "will, for that reason alone, run afoul of sections 7 and 8 of the *Charter* as authorizing an unreasonable search and seizure and one that is in breach of the principles of fundamental justice" (at pp. 694-95). He rejected the trial judge's suggestion that s. 231.3(3) could be "read down" to preserve a residual discretion and held that the context of s. 231.3 and the fact that the section's use of "shall" is unique in Canadian search warrant legislation show that the word was intended to be mandatory and imperative. He referred to but rejected the British Columbia Court of Appeal's holding in *Kourteassis, supra*, that the judge's discretion to determine whether the statutory criteria are met satisfies the *Hunter* standard and that in any event the issuing judge may attach

Le juge Reed a ensuite rejeté l'argument des intimés fondé sur l'art. 15 et leurs arguments fondés sur le secret professionnel de l'avocat ou du comptable. Elle a rejeté la demande en n'accordant qu'un seul mémoire de frais.

B. Cour d'appel fédérale (le juge Hugessen, à l'avis duquel ont souscrit les juges Pratte et Marceau)

Le juge Hugessen a rédigé les motifs de jugement de la cour. Il a d'abord examiné la caractérisation des dispositions de la *LIR* en matière de perquisitions et de saisies afin de déterminer quelles sont les attentes raisonnables du contribuable en matière de vie privée aux termes de l'art. 8 de la *Charte*. Il a rejeté l'argument selon lequel les procédures constituaient le mécanisme administratif d'application décrit dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, concluant plutôt que ces procédures portaient sur la détection du crime et la poursuite des coupables. Aucun adoucissement des normes de la *Charte* n'était donc justifié; au contraire, «rien de moins que la pleine protection offerte par la *Charte* serait convenable» (à la p. 694).

Le juge Hugessen a ensuite abordé les questions de fond. Quant à la première question du pouvoir discrétionnaire judiciaire et de l'emploi de l'indicatif présent (l'expression «*shall issue*» dans le texte anglais) au par. 231.3(3), il a conclu que tout texte qui exclut expressément le pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser de décerner un mandat lorsque les circonstances ne justifient pas une atteinte à la vie privée «contrevient, pour ce seul motif, aux articles 7 et 8 de la *Charte*, puisqu'il permet des fouilles, perquisitions ou saisies abusives et qu'il constitue une violation des principes de justice fondamentale» (à la p. 695). Il a rejeté la proposition du juge de première instance qu'il pourrait y avoir «interprétation atténuée» du par. 231.3(3) afin de préserver un pouvoir discrétionnaire résiduel et il a conclu que le contexte de l'art. 231.3 et le fait que l'emploi de l'indicatif présent dans l'article soit unique dans la législation canadienne sur les mandats de perquisition indiquent que cette expression était destinée à être obligatoire et impérative. Il a mentionné, tout en la

conditions to the warrant. He placed considerable emphasis on this Court's decision in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, deriving from that case the proposition that the existence of judicial discretion is a prerequisite to the reasonableness of a search and to our notions of fundamental justice. Moreover, in his view, *Descôteaux* establishes that any legislative attempt to define exhaustively when a search will be reasonable is impossible. He concluded that the ultimate protection for the citizen against unreasonable searches resides in the power to refuse to issue a warrant even when all the conditions prescribed by Parliament are met.

Hugessen J.A. went on to consider the other grounds of appeal. He cited, *inter alia*, Dickson J.'s (as he then was) statement in *Hunter*, *supra*, at p. 167, that the standards in s. 443 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ("reasonable ground") and the U.S. Fourth Amendment ("probable cause") are identical. From this he held at p. 707 that the words "reasonable grounds" in s. 231.3(3) met the "more likely than not" standard of probability required for a search to be reasonable. Next, he held at p. 708 that s. 231.3(3)(b) did not pass constitutional muster, since by using the words "may afford evidence" it failed to meet the standard of *Hunter*, *supra* that there be reasonable grounds to believe that evidence will be found. Finally, he held that there was no reason to interfere with the court's previous holding in *Solvent Petroleum*, *supra*, that s. 231.3(5) does not authorize unreasonable "wholesale" searches and seizures. As a result, the appeals were allowed, s. 231.3 was declared of no force or effect and the search warrants were quashed.

rejetant, la conclusion de l'arrêt *Kourtessis*, précité, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, selon laquelle le pouvoir discrétionnaire du juge de déterminer si les critères établis par la Loi sont respectés satisfait à la norme de l'arrêt *Hunter* et que, de toute façon, le juge qui décerne le mandat peut l'assortir de conditions. Il a accordé beaucoup d'importance à l'arrêt de notre Cour *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, et en a déduit que l'existence du pouvoir discrétionnaire judiciaire est une condition préalable au caractère raisonnable d'une perquisition et à nos principes de justice fondamentale. De plus, à son avis, l'arrêt *Descôteaux* établit que toute tentative du législateur de définir de façon exhaustive à quel moment une perquisition sera raisonnable est vouée à l'échec. Il a conclu que c'est le pouvoir de refuser de décerner un mandat, même lorsque toutes les conditions prescrites par le Parlement sont remplies, qui protège ultimement le citoyen contre les perquisitions abusives.

Le juge Hugessen a ensuite examiné les autres moyens d'appel. Il a notamment cité la déclaration du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Hunter*, précité, à la p. 167, que les critères de l'art. 443 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 («motif raisonnable») et le Quatrième amendement des États-Unis («motif plausible») sont identiques. Il en a conclu à la p. 707 que les termes «motifs raisonnables», au par. 231.3(3), respectent la norme de la probabilité «plus probable qu'improbable» requise pour qu'une perquisition soit raisonnable. Ensuite, il a conclu à la p. 708 que l'al. 231.3(3)(b) n'était pas acceptable sur le plan constitutionnel car, en raison de l'emploi des termes «peuvent constituer des éléments de preuve», il ne respecte pas la norme de l'arrêt *Hunter*, précité, selon laquelle il doit y avoir des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve seront découverts. Finalement, il a conclu qu'il n'y avait aucune raison de modifier la conclusion précédente de la cour, dans *Solvent Petroleum*, précité, que le par. 231.3(5) n'autorise pas les perquisitions et les saisies «générales» abusives. Par conséquent, les appels ont été accueillis, l'art. 231.3 a été déclaré inopérant et les mandats de perquisition ont été annulés.

VI. Analysis: The Constitutional Validity of s. 231.3

A. *Legislative History*

Section 231.3 was enacted by Parliament in 1986 in response to a number of appellate court decisions finding that the previous search warrant provisions of the *ITA* violate s. 8 of the *Charter*. The predecessor to s. 231.3 read as follows:

231. ...

(4) Where the Minister has reasonable and probable grounds to believe that a violation of this Act or a regulation has been committed or is likely to be committed, he may, with the approval of a judge of a superior or county court, which approval the judge is hereby empowered to give on *ex parte* application, authorize in writing any officer of the Department of National Revenue, together with such members of the Royal Canadian Mounted Police or other peace officers as he calls on to assist him and such other persons as may be named therein, to enter and search, if necessary by force, any building, receptacle or place for documents, books, records, papers or things that may afford evidence as to the violation of any provision of this Act or a regulation and to seize and take away any such documents, books, records, papers or things and retain them until they are produced in any court proceedings.

(5) An application to a judge under subsection (4) shall be supported by evidence on oath establishing the facts upon which the application is based.

In *Minister of National Revenue v. Kruger Inc.*, *supra*, s. 231(4) was held to contravene s. 8 of the *Charter* in that it gave the Minister, when he or she believed one offence to have been committed, the power to authorize a general search and seizure relating to the violation of any of the provisions of the *ITA* or its regulations. The Ontario Court of Appeal agreed with this holding in *Re Print Three Inc. and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 392, leave to appeal refused [1985] 2 S.C.R. x, and found additional reasons that the section violated s. 8 (at p. 396):

VI. Analyse: la constitutionnalité de l'art. 231.3

A. *Historique législatif*

L'article 231.3 a été adopté par le Parlement en 1986 à la suite d'un certain nombre d'arrêts de cours d'appel qui ont conclu que les dispositions précédentes de la *LIR* en matière de mandats de perquisition violaient l'art. 8 de la *Charte*. Voici le texte de l'article qui a précédé l'art. 231.3:

231. ...

(4) Lorsque le Ministre a des motifs raisonnables pour croire qu'une infraction à cette loi ou à un règlement a été commise ou sera probablement commise, il peut, avec l'agrément d'un juge d'une cour supérieure ou d'une cour de comté, agrément que le juge est investi par ce paragraphe du pouvoir de donner sur la présentation d'une demande *ex parte*, autoriser par écrit tout fonctionnaire du ministère du Revenu national ainsi que tout membre de la Gendarmerie royale du Canada ou tout autre agent de la paix à l'assistance desquels il fait appel et toute autre personne qui peut y être nommée, à entrer et à chercher, usant de la force s'il le faut, dans tout bâtiment, contenant ou endroit en vue de découvrir les documents, livres, registres, pièces ou choses qui peuvent servir de preuve au sujet de l'infraction de toute disposition de la présente loi ou d'un règlement et à saisir et à emporter ces documents, livres, registres, pièces ou choses et à les retenir jusqu'à ce qu'ils soient produits devant la cour.

(5) Une demande faite à un juge en vertu du paragraphe (4) sera appuyée d'une preuve fournie sous serment et établissant la véracité des faits sur lesquels est fondée la demande.

Dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Kruger Inc.*, précité, on a conclu que le par. 231(4) contrevenait à l'art. 8 de la *Charte* parce qu'il donnait au Ministre, lorsqu'il croyait qu'une infraction avait été commise, le pouvoir d'autoriser une perquisition et une saisie générales relativement à une infraction à toute disposition de la *LIR* ou de son règlement d'application. La Cour d'appel de l'Ontario a fait sienne cette conclusion dans l'arrêt *Re Print Three Inc. and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 392, autorisation de pourvoi refusée [1985] 2 R.C.S. x, et a trouvé des motifs supplémentaires pour lesquels l'article violait l'art. 8 (à la p. 396):

In our view, there are additional reasons to those relied upon by the Federal Court of Appeal for holding the subsection to be in breach of s. 8. It is clear that to meet the standards of reasonableness there must first be an independent arbiter (judge) who is satisfied that there are reasonable grounds for believing that an offence has been committed (see *Hunter et al. v. Southam Inc., supra*). In s. 231(4) and (5), it is the Minister who has to have the reasonable and probable grounds and there is no standard or conditions precedent set out for the judge on which to base his assessment of whether the Minister's belief is properly founded. Mr. Kelly argued that the only reasonable construction of s-s. 5 is that facts must be laid before the judge so he can be satisfied that the Minister has reasonable and probable grounds. Even if the subsection could be so construed, there are, as we have noted, additional flaws in s. 231(4) and (5). There is no requirement that the Minister have grounds to believe that evidence is likely to be found at the place of the search and there is no requirement that he present such grounds to the judge. There is, equally, no direction as to what is to be issued by the judge in granting his "approval". It is the Minister who issues what is, in essence, the warrant. Finally, the Minister is not required in the authorization to specify the things to be searched for.

The new version addresses these defects. Subsection 231.3(3) now makes it clear that prior to the issuance of a search warrant under the ITA a judge must be satisfied that there are reasonable grounds to believe that a particular offence has been committed under the ITA and that a document or thing that may afford evidence of the commission of that offence is likely to be found in the building, receptacle or place specified in the application. Moreover, s. 231.3(4) requires particulars to be stated within the warrant as to what may be searched for and seized.

The constitutionality of s. 231.3 of the ITA has been considered in a number of lower court and appellate court decisions. The majority of these have upheld s. 231.3: see for example *Kohli v. Moase* (1987), 86 N.B.R. (2d) 15 (Q.B.), aff'd on other grounds (1989), 55 D.L.R. (4th) 740 (N.B.C.A.), *Solvent Petroleum, supra*, and

[TRADUCTION] À notre avis, il existe des motifs qui s'ajoutent à ceux invoqués par la Cour d'appel fédérale pour statuer que le paragraphe contrevient à l'art. 8. Il est clair que pour respecter les normes du caractère raisonnable, il doit y avoir tout d'abord un arbitre indépendant (juge) qui est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise (voir *Hunter et autres c. Southam Inc.*, précité). Dans les paragraphes 231(4) et (5), c'est le Ministre qui doit avoir les motifs raisonnables et probables et il n'existe pas de précédent quant aux normes ou conditions sur lequel le juge peut fonder son appréciation de la question de savoir si la croyance du Ministre est bien fondée. Monsieur Kelly soutient que la seule interprétation raisonnable du par. 5 réside dans ce que les faits doivent être présentés au juge afin qu'il puisse être convaincu que le Ministre a des motifs raisonnables et probables. Même si le paragraphe peut être ainsi interprété, il existe, ainsi que nous l'avons souligné, des vices qui entachent les par. 231(4) et (5). Il n'est pas nécessaire que le Ministre ait des motifs de croire qu'un élément de preuve est susceptible d'être découvert au lieu où la perquisition a été effectuée, et il n'est pas nécessaire qu'il présente ces motifs au juge. De même, il n'existe aucune directive sur ce que le juge doit décerner en accordant son «agrément». C'est le Ministre qui décerne ce qui est essentiellement le mandat. En dernier lieu, le Ministre n'est pas tenu d'indiquer dans son autorisation les choses qui doivent faire l'objet de la perquisition.

La nouvelle version corrige ces défauts. Le paragraphe 231.3(3) prévoit maintenant clairement qu'avant de décerner un mandat de perquisition en vertu de la LIR, un juge doit être convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction particulière à la LIR a été commise et qu'un document ou une chose qui peut constituer un élément de preuve de la perpétration de cette infraction est susceptible d'être découvert dans le bâtiment, contenant ou endroit précisé dans la demande. De plus, le par. 231.3(4) exige que le mandat précise ce qui peut faire l'objet de la perquisition et de la saisie.

La constitutionnalité de l'art. 231.3 de la LIR a été examinée dans un certain nombre de décisions des cours d'instance inférieure et des cours d'appel. La majorité de celles-ci ont maintenu l'art. 231.3: voir, par exemple, *Kohli c. Moase* (1987), 86 N.B.R. (2d) 15 (B.R.), conf. pour d'autres motifs par (1989), 55 D.L.R. (4th) 740

Kourtessis, supra. In my view, however, the amended legislation is still inadequate.

B. Applying Section 8 of the Charter

(1) Denial of Residual Discretion: Subs. (3)

This issue requires a decision as to whether legislation which authorizes a search or seizure must provide for a residual discretion in the judicial officer who issues the warrant. It is contended by the respondents and the Federal Court of Appeal so held that legislation that fails to do so violates s. 8 of the *Charter*. Reliance is placed on this Court's decision in *Hunter, supra*, and cases that have followed it. The appellants contend that this was not one of the conditions laid down by *Hunter*, that if it was it does not apply here and in any event the impugned section does provide a discretion that satisfies the dictates of s. 8.

In my view, an analysis of the principles on which *Hunter* was based shows that the exercise of a judicial discretion in the decision to grant or withhold authorization for a warrant of search was fundamental to the scheme of prior authorization which Dickson J. prescribed as an indispensable requirement for compliance with s. 8 in that case. The judgment makes very clear that the decision to grant or withhold the warrant requires the balancing of two interests: that of the individual to be free of intrusions of the state and that of the state to intrude on the privacy of the individual for the purpose of law enforcement. At pages 158-60 of the judgment, Dickson J. stated:

In my view the interests protected by s. 8 are of a wider ambit than those enunciated in *Entick v. Carrington*. Section 8 is an entrenched constitutional provision. It is not therefore vulnerable to encroachment by legislative enactments in the same way as common law protections. There is, further, nothing in the language of the section to restrict it to the protection of property or to associate it with the law of trespass. It guarantees a

(C.A.N.-B.), *Solvent Petroleum et Kourtessis*, précités. Toutefois, j'estime que la loi modifiée est toujours inadéquate.

a B. Application de l'article 8 de la Charte

(1) Le refus d'accorder un pouvoir discrétionnaire résiduel: par. (3)

b Pour trancher cette question, il faut déterminer si le texte législatif qui autorise une perquisition ou une saisie doit prévoir un pouvoir discrétionnaire résiduel pour l'officier de justice qui décerne le mandat. Les intimés soutiennent, et c'est ce que la Cour d'appel fédérale a conclu, que le texte législatif qui ne le prévoit pas viole l'art. 8 de la Charte. On se fonde sur l'arrêt *Hunter*, précité, de notre Cour et sur les décisions qui l'ont suivi. Les appelants soutiennent qu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'une des conditions énoncées par l'arrêt *Hunter*, que, si c'était le cas, elle ne s'appliquerait pas en l'espèce et que, de toute façon, la disposition contestée prévoit un pouvoir discrétionnaire qui respecte les exigences de l'art. 8.

f À mon avis, il ressort d'une analyse des principes sur lesquels l'arrêt *Hunter* était fondé que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire de décider d'accorder ou de refuser l'autorisation d'un mandat de perquisition était essentiel au régime d'autorisation préalable qui, selon le juge Dickson, constituait une condition indispensable du respect de l'art. 8 dans cette affaire. Il ressort très clairement de cet arrêt que la décision d'accorder ou de refuser le mandat exige de soupeser deux droits: celui du particulier d'être libre de toute ingérence de l'État et celui de l'État de s'immiscer dans la vie privée du particulier en vue d'appliquer la loi. Aux pages 158 à 160 de l'arrêt, le juge Dickson affirme:

i À mon avis, les droits protégés par l'art. 8 ont une portée plus large que ceux qui sont énoncés dans l'arrêt *Entick v. Carrington*. L'article 8 est une disposition constitutionnelle enchâssée. Les textes législatifs ne peuvent donc pas empiéter sur cet article de la même façon que sur la protection offerte par la *common law*. En outre, le texte de l'article ne le limite aucunement à la protection des biens ni ne l'associe au droit applicable

broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure.

Like the Supreme Court of the United States, I would be wary of foreclosing the possibility that the right to be secure against unreasonable search and seizure might protect interests beyond the right of privacy, but for purposes of the present appeal I am satisfied that its protections go at least that far. The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from "unreasonable" search and seizure, or positively as an entitlement to a "reasonable" expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement. [Emphasis in original.]

The circumstances in which these conflicting interests must be balanced will vary greatly. The strength of the interests will be affected by matters such as the nature of the offence alleged, the nature of the intrusion sought including the place to be searched, the time of the search and the person or persons who are the subjects of the search. The variability of the factors affecting the decision of the authorizing judge was stressed by Lamer J. (as he then was) in *Descôteaux v. Mierzwinski*, *supra*. This was a pre-*Charter* case in which this Court held that s. 443 (now s. 487) provided for a discretion when a warrant is sought before a justice under the *Criminal Code*. At page 889 Lamer J. said:

I come down on the side of the discretion, as it allows more effective judicial control of the police. Searches are an exception to the oldest and most fundamental principles of the common law, and as such the power to search should be strictly controlled. It goes without saying that the justice may sometimes be in a poor position to assess the need for the search in advance. After all,

en matière d'intrusion. Il garantit un droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

À l'instar de la Cour suprême des États-Unis, j'hésite-rais à exclure la possibilité que le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives protège d'autres droits que le droit à la vie privée mais, pour les fins du présent pourvoi, je suis convaincu que la protection qu'il offre est au moins aussi étendue. La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives», ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre «raisonnablement» à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi. [Souligné dans l'original.]

Les circonstances dans lesquelles ces droits opposés doivent être soupesés varient beaucoup. Des questions comme la nature de l'infraction alléguée, la nature de l'ingérence demandée y compris l'endroit devant faire l'objet de la perquisition, le moment de la perquisition et la ou les personnes visées par la perquisition influenceront sur la force de ces droits. Le caractère variable des facteurs qui influent sur la décision du juge qui accorde l'autorisation a été souligné par le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*, précité. Il s'agit d'une affaire antérieure à la *Charte*, dans laquelle notre Cour a conclu que l'art. 443 (maintenant l'art. 487) prévoyait un pouvoir discrétionnaire lorsqu'un mandat était demandé à un juge aux termes du *Code criminel*. À la page 889, le juge Lamer dit:

J'opte en faveur de la discrétion, car elle permet un contrôle judiciaire plus efficace des forces de l'ordre. La perquisition est une exception aux principes les plus anciens et les plus fondamentaux de la *common law* et le pouvoir de perquisition doit être contrôlé strictement. Il va de soi que le juge de paix peut être parfois mal placé pour juger d'avance du besoin de perquisitionner. Après

searches, while constituting a means of gathering evidence, are also an investigative tool. It will often be difficult to determine definitively the probative value of a particular thing before the police investigation has been completed. Be that as it may, there are places for which authorization to search should generally be granted only with reticence and, where necessary, with more conditions attached than for other places. One does not enter a church in the same way as a lion's den, or a warehouse in the same way as a lawyer's office. One does not search the premises of a third party who is not alleged to have participated in the commission of a crime in the same way as those of someone who is the subject of such an allegation.

In order to take account of the various factors affecting the balancing of the two interests, the authorizing judge must be empowered to consider all the circumstances. No set of criteria will always be determinative or sufficient to override the right of the individual to privacy. It is imperative, therefore, that a sufficient degree of flexibility be accorded to the authorizing officer in order that justice be done to the respective interests involved.

In *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, and *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, this Court considered the factors that should be taken into consideration by a justice of the peace when determining whether to issue a warrant for the search of the premises of a media organization pursuant to s. 487 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. It was submitted that two requirements were constitutionally entrenched, namely that the Justice of the Peace must be satisfied that there was no investigative alternative for obtaining the material and, if one existed, that it had been pursued. In the course of rejecting the constitutional entrenchment of these two requirements, a majority of this Court stressed the importance of evaluating the reasonableness of a search in light of all the surrounding factors. Cory J. stated in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, at p. 475:

Any search of premises is certain to be disquieting and upsetting. The invasion of privacy rights which a

tout, la perquisition, tout en étant un véhicule de preuve, est aussi un instrument d'enquête. Il sera souvent difficile de déterminer péremptoirement la valeur probante d'une chose avant la fin de l'enquête policière. Quoi qu'il en soit, il y a des endroits dont on ne devrait de façon générale permettre la fouille qu'avec réticence et, le cas échéant, avec plus de manières que pour d'autres endroits. On n'entre pas à l'église comme on le fait chez le loup; ni à l'entrepôt comme chez l'avocat. On ne perquisitionne pas chez le tiers qu'on n'allègue pas avoir participé à la commission du crime comme chez celui qui fait l'objet d'une telle allégation.

Pour tenir compte des divers facteurs qui influent sur l'appréciation des deux droits, le juge qui donne l'autorisation doit être habilité à examiner toutes les circonstances. Aucune série de critères ne sera toujours déterminante ou suffisante pour l'emporter sur le droit d'un particulier à la protection de sa vie privée. Il est donc impérieux que l'officier qui donne l'autorisation jouisse d'une latitude suffisante pour que justice soit rendue à l'égard des droits respectifs visés.

Dans les arrêts *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, et *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, notre Cour a examiné les facteurs dont devrait tenir compte un juge de paix au moment de déterminer s'il doit décerner un mandat de perquisition visant les locaux d'un média conformément à l'art. 487 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. On a soutenu que deux exigences étaient enchâssées dans la Constitution, savoir que le juge de paix doit être convaincu qu'il n'y avait pas d'autre moyen d'enquête pour obtenir les documents et que, s'il y en avait un, on y avait eu recours. Lors du rejet de l'enchâssement de ces deux exigences dans la Constitution, notre Cour, à la majorité, a souligné l'importance d'évaluer le caractère raisonnable d'une perquisition compte tenu de tous les facteurs qui l'entourent. Le juge Cory a dit dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, à la p. 475:

Il est certain que toute perquisition dans des locaux entraîne des ennuis et des désagréments. L'atteinte au

search entails is an important concern for all members of a democratic society. Some searches are obviously more intrusive and upsetting than others. For example, the search of a residence is likely to have graver consequences than a search of commercial premises which may be subject to statutory regulation and inspection. Because of its intrusive nature, a warrant to search any premises must only be issued when a justice of the peace is satisfied that all the statutory requirements have been met. In those situations where all the statutory prerequisites have been established, the justice of the peace should still consider all of the circumstances in determining whether to exercise his or her discretion to issue a warrant. It is not a step that can be taken lightly. This is particularly true when a warrant is sought to search the offices of a news media organization, where the consequences are likely to be disruptive of the media's role of gathering and publishing news. [Emphasis added.]

Moreover, in response to the argument that these two requirements are constitutionally entrenched prerequisites to the search of media offices, Cory J. commented at p. 478:

In my view, the assessment of the reasonableness of a search cannot be said to rest only upon these two factors. Rather all factors should be evaluated in light of the particular factual situation presented. The factors which may be vital in assessing the reasonableness of one search may be irrelevant in another. Simply stated, it is impossible to isolate two factors from the numerous considerations which bear on assessment of the reasonableness of a search and label them as conditional prerequisites. The essential question can be put in this way: taking into account all the circumstances and viewing them fairly and objectively can it be said that the search was a reasonable one?

It is the overall reasonableness of a search which is protected by s. 8 of the *Charter*. Certainly the potentially damaging effect of a search and seizure upon the freedom and the functioning of the press is highly relevant to the assessment of the reasonableness of the search. Yet neither s. 2(b) nor s. 8 of the *Charter* requires that the two factors set out in *Pacific Press [Re Pacific Press Ltd. and The Queen (1977), 37 C.C.C. (2d) 487 (B.C.S.C.)]* must always be met in order for a search to be permissible and constitutionally valid. It is

droit à la vie privée qu'une perquisition entraîne constitue une préoccupation importante pour tous les membres d'une société démocratique. Certaines perquisitions sont de toute évidence plus envahissantes et désagréables que d'autres. Par exemple, la perquisition dans une résidence est susceptible d'avoir des conséquences plus graves qu'une perquisition dans des locaux commerciaux qui peuvent être assujettis à une réglementation et à une inspection prévue par la loi. En raison de sa nature envahissante, un mandat de perquisition dans quelque endroit que ce soit ne doit être décerné que lorsqu'un juge de paix est convaincu que toutes les exigences de la loi ont été respectées. Dans de telles situations, lorsque tous les préalables prévus par la loi ont été établis, le juge de paix doit encore examiner toutes les circonstances pour déterminer s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire de décerner un mandat. Ce n'est pas une mesure qui doit être prise à la légère. C'est particulièrement vrai lorsque la perquisition doit être effectuée dans les bureaux d'un média et que les conséquences sont susceptibles de gêner son rôle, qui consiste à réunir et à publier des informations. [Je souligne.]

De plus, en réponse à l'argument selon lequel ces deux exigences constituent des conditions préalables à la perquisition visant les locaux d'un média, qui sont enchâssées dans la Constitution, le juge Cory a fait l'observation suivante, à la p. 478:

À mon avis, on ne peut pas dire que l'évaluation du caractère non abusif d'une perquisition repose uniquement sur ces deux facteurs. On doit plutôt évaluer tous les facteurs en tenant compte de la situation de fait particulière qui est présentée. Les facteurs qui peuvent être importants pour évaluer si une perquisition est abusive peuvent ne pas être pertinents à l'égard d'une autre. Simplement, il est impossible d'isoler deux facteurs des nombreux éléments qui ont une incidence sur cette évaluation et de les identifier comme des préalables. La question essentielle peut être formulée de la manière suivante: si on a tenu compte de toutes les circonstances et si on les a examinées avec justesse et objectivité, peut-on dire que la perquisition n'était pas abusive?

L'article 8 de la *Charte* garantit le caractère non abusif global d'une perquisition. De toute évidence, la possibilité que la perquisition et la saisie aient des effets préjudiciables sur la liberté et le fonctionnement de la presse est très pertinente dans l'évaluation du caractère non abusif de la perquisition. Toutefois, ni l'al. 2b) ni l'art. 8 de la *Charte* n'exigent qu'on ait toujours satisfait aux deux exigences établies dans l'arrêt *Pacific Press [Re Pacific Press Ltd. and The Queen (1977), 37 C.C.C. (2d) 487 (C.S.C.-B.)]* pour qu'une perquisition soit per-

essential that flexibility in the balancing process be preserved so that all the factors relevant to the individual case may be taken into consideration and properly weighed. [Emphasis added.]

In some situations this discretion will only be exercised subject to specified conditions being met and subject to restrictions and conditions with respect to the execution of the warrant that are specified in the authorization. This would apply, for example, in the case of the prospective search of a private dwelling. I referred to this in *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, in connection with authorizations to wiretap in a dwelling. The authorizing judge must consider imposing conditions. The importance of the power to impose conditions and restrictions was emphasized by Lamer J. in *Descôteaux* at p. 891, the exercise of which was dependent on the existence of a residual discretion.

Not only is the existence of a discretion indispensable to the balancing of interests which *Hunter* envisaged but the requirement that the officer authorizing the seizure be independent and capable of acting judicially is inconsistent with the notion that the state can dictate to him or her the precise circumstances under which the right of the individual can be overborne. I agree with the statement of Morden J.A. in *Minister of National Revenue v. Paroian*, [1980] C.T.C. 131, at p. 138 that "[t]he function of the judge is the most important safeguard. It is implicit in the provision that the judge is not to act as a rubber stamp." This statement was quoted with approval in *Selye v. Quebec*, [1982] R.D.F.Q. 173, at p. 176. This statement, which was made in a pre-*Charter* case, would apply with greater force in the era of the *Charter*. The concept of a rubber stamp role would be completely inconsistent with the role assigned to the judiciary as expressed by Dickson J. in *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at p. 72:

mise et valide sur le plan constitutionnel. Il est essentiel que le processus de pondération conserve une certaine souplesse de manière que tous les facteurs pertinents relativement à l'affaire donnée soient pris en compte et convenablement évalués. [Je souligne.]

Dans certaines situations, ce pouvoir discrétionnaire ne sera exercé que si certaines conditions précises sont remplies et sous réserve des restrictions et des conditions relatives à l'exécution du mandat qui sont précisées dans l'autorisation. Par exemple, ce serait le cas pour la perquisition éventuelle dans une habitation privée. J'ai mentionné cette situation dans *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, relativement aux autorisations de faire de l'écoute électronique dans une habitation. Le juge qui donne l'autorisation doit examiner la possibilité d'imposer des conditions. Le juge Lamer a, dans l'arrêt *Descôteaux*, souligné l'importance du pouvoir d'imposer des conditions et des restrictions, dont l'exercice dépendait de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire résiduel (p. 891).

Non seulement l'existence d'un pouvoir discrétionnaire est-elle indispensable à l'appréciation des droits envisagés dans l'arrêt *Hunter*, mais l'exigence que l'officier qui autorise la saisie soit indépendant et ait la capacité d'agir judiciairement est incompatible avec la notion que l'État peut lui dicter les circonstances précises dans lesquelles le droit du particulier peut être ignoré. Je fais mienne la déclaration du juge Morden, dans l'arrêt *Minister of National Revenue c. Paroian*, [1980] C.T.C. 131, à la p. 138, que [TRADUCTION] «[l]a fonction du juge est la plus importante garantie. Il ressort implicitement de la disposition que le juge ne doit pas approuver sans discussion.» Cette déclaration a été citée et approuvée dans la décision *Selye c. Québec*, [1982] R.D.F.Q. 173, à la p. 176. Cette déclaration, qui a été faite dans une affaire antérieure à la *Charte*, s'appliquerait avec plus de force à l'époque de la *Charte*. Le concept d'un rôle d'approbation sans discussion serait complètement incompatible avec le rôle conféré à la magistrature comme l'a exprimé le juge Dickson dans *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, à la p. 72:

Secondly, the enactment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (although admittedly not relevant to this case because of its date of origin) conferred on the courts another truly crucial role: the defense of basic individual liberties and human rights against intrusions by all levels and branches of government. Once again, in order to play this deeply constitutional role, judicial independence is essential.

Having found that a residual discretion is a constitutional requirement, the next question is whether s. 231.3(3) removes or impermissibly restricts this discretion. It is clear to me that the answer is yes. I would adopt the reasoning of the Federal Court of Appeal on this point, in preference to that of the British Columbia Court of Appeal in *Kourtesis*, *supra*. Section 231.3(1) states that, on an *ex parte* application, a judge “may” issue a warrant for the search of premises. However, s. 231.3(3) provides that a judge “shall” issue the warrant once satisfied that the three statutory conditions set out therein have been satisfied. As Hugessen J.A. pointed out, the word “shall” is normally to be construed as imperative. This rule of construction is embodied in s. 11 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21. The plain effect of the use of the word in s. 231.3(3) is as the Federal Court of Appeal held in *Solvent Petroleum*, *supra*, at p. 24 (excerpted in *Baron* at p. 695):

Subsection 231.3(1) states that “A judge may”. Subsection 231.3(3) states that “A judge shall”. It would therefore appear from the language of subsection 231.3(3) that if the issuing judge comes to the conclusion that the conditions of paragraphs 231.3(3)(a), (b) and (c) are met, he need not nor is he permitted to consider whether there has been a previous substantive voluntary compliance by the taxpayer, whether further documents might be remitted voluntarily, or whether the applicant for the warrants has taken all reasonable steps to obtain the information from an alternative source before applying for the warrants. In brief, if the conditions are met, he must issue the warrant.

Deuxièmement, l’adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* (bien que, de toute évidence, elle ne soit pas pertinente en l’espèce à cause de sa date d’entrée en vigueur) a conféré aux tribunaux un autre rôle vraiment important: la défense des libertés individuelles fondamentales et des droits de la personne contre les ingérences de tout palier et organe de gouvernement. Encore une fois, l’indépendance judiciaire est essentielle pour jouer ce rôle profondément constitutionnel.

Après avoir conclu qu’un pouvoir discrétionnaire résiduel est une exigence constitutionnelle, il faut ensuite se demander si le par. 231.3(3) retire ce pouvoir discrétionnaire ou le restreint d’une manière inacceptable. À mon avis, il est clair qu’il faut répondre par l’affirmative à cette question. Je suis d’avis d’adopter le raisonnement de la Cour d’appel fédérale sur ce point, de préférence à celui de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *Kourtesis*, précité. Le paragraphe 231.3(1) prévoit que, sur requête *ex parte*, un juge «peut» décerner un mandat de perquisition. Toutefois, le par. 231.3(3) prévoit que le juge «décerne» le mandat s’il est convaincu que les trois conditions qui y sont énoncées sont remplies. Comme l’a souligné le juge Hugessen, le terme «*shall*» doit normalement s’interpréter comme exprimant une obligation. Cette règle d’interprétation est contenue à l’art. 11 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21. Le terme employé au par. 231.3(3) a clairement l’effet mentionné par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Solvent Petroleum*, précité, à la p. 24 (cité dans l’arrêt *Baron*, à la p. 695):

Le paragraphe 231.3(1) dit que «un juge peut décerner». Le paragraphe 231.3(3) énonce que «Le juge saisi de la requête décerne». En conséquence, il ressort, semble-t-il du texte du paragraphe 231.3(3) que si le juge qui décerne le mandat parvient à la conclusion que les conditions posées par les alinéas 231.3(3)a), b) et c) sont remplies, il n’a pas ni n’est autorisé à examiner si, auparavant, le contribuable s’est volontairement conformé à la demande de production de documents, si d’autres documents pourraient être remis volontairement, ou si le demandeur de mandats a pris toutes les mesures raisonnables pour obtenir les renseignements d’une autre source avant de solliciter les mandats. En bref, si les conditions sont remplies, il doit décerner le mandat.

As this Court said in *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 737, the presumption that the word “shall” is intended to be mandatory should be followed unless:

... such an interpretation of the word “shall” would be utterly inconsistent with the context in which it has been used and would render the sections irrational or meaningless.

Hugessen J.A. found no reason to depart from the presumption, and I would adopt what he said in this regard, at p. 697:

There is, as it seems to me, absolutely nothing in the context of section 231.3 of the *Income Tax Act* which would render an imperative interpretation of the word “shall” in subsection 231.3(3) inconsistent with the balance of the section or make it irrational or meaningless. Indeed, I can see nothing in the section which would point to a permissive or discretionary meaning for “shall”. On the contrary, the draughtsman has clearly used the permissive “may” where this is appropriate (as for example in subsection 231.3(1) and (5)) and the use of “shall” in subsection 231.3(3) (as well, it may be noted, as in subsection 231.3(6)) has every appearance of being a deliberate choice.

Furthermore, the whole of section 231.3 represents a change from the previous law [s. 231(4)] which was couched in terms that were clearly permissive and left a discretion in the hands of the judge authorizing the seizure. Also, as noted above, the text of subsection 231.3(3) is unique and differs remarkably from all other Canadian search warrant provisions [which are invariably permissive]. I cannot view such a change from both previous and current practice as being anything but intentional.

I also agree with Hugessen J.A. that the existence of a discretion is indispensable to the imposition of conditions to the issue of the warrant. As he states, this conclusion follows from what was said by Lamer J. in *Descôteaux*, *supra*. Although I would not go so far as to hold that Parliament had, in the absence of express language, removed the power to specify the terms upon which the warrant is executed, I agree that the power to attach pre-conditions to the issue of the warrant cannot be

Comme notre Cour l’a dit dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 737, il convient de présumer que le terme anglais «*shall*» est obligatoire à moins que:

... cette interprétation du terme «*shall*» ne soit absolument incompatible avec le contexte dans lequel il a été employé et ne rende les articles irrationnels ou vides de sens.

Le juge Hugessen a conclu qu’il n’y avait aucune raison de déroger à cette présomption et je souscris à ce qu’il a dit à cet égard, à la p. 697:

Il me semble qu’il n’y a absolument rien dans le contexte de l’article 231.3 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* qui rendrait l’interprétation impérative de l’indicatif présent au paragraphe 231.3(3) incompatible avec le reste de l’article ou qui rendrait ce paragraphe dénué de sens ou de portée. En fait, je ne vois rien dans l’article qui indiquerait qu’il faut donner un sens permissif ou discrétionnaire à l’indicatif présent. Au contraire le rédacteur législatif a employé le terme permissif «*peut*» lorsque celui-ci convenait (par exemple aux paragraphes 231.3(1) et (5)) tandis que l’emploi de l’indicatif présent au paragraphe 231.3(3) (de même, peut-on souligner, au paragraphe 231.3(6)) semble bien résulter d’un choix délibéré.

De plus, l’ensemble de l’article 231.3 constitue une modification d’un texte législatif antérieur [par. 231(4)], qui était formulé dans des termes clairement permissifs et qui laissait un pouvoir discrétionnaire au juge devant autoriser la saisie. Au surplus, comme il a été mentionné auparavant, le texte du paragraphe 231.3(3) est unique et diffère substantiellement de toutes les dispositions législatives canadiennes concernant les mandats de perquisition [qui sont toutes permissives]. Je ne peux considérer pareil changement tant à la pratique antérieure qu’à celle qui existe à l’heure actuelle comme n’étant pas vraiment voulu.

Je conviens également avec le juge Hugessen que l’existence d’un pouvoir discrétionnaire est indispensable pour imposer des conditions à la délivrance du mandat. Comme il le dit, cette conclusion découle de ce que le juge Lamer a dit dans l’arrêt *Descôteaux*, précité. Bien que je n’irais pas jusqu’à conclure que le Parlement, en l’absence de termes exprès, a retiré le pouvoir de préciser les modalités d’exécution du mandat, je conviens que le pouvoir d’assortir de conditions préalables la

exercised once the statutory criteria for the issue of the warrant have been met.

Moreover, I do not accept the position taken by Reed J. at trial and adopted by the appellants that a judge's inherent power to prevent an abuse of the court's process or a violation of a constitutional right continues to confer on an issuing judge the discretion to refuse to issue a warrant in those circumstances. As Hugessen J.A. concluded, at p. 698, if the conditions set out in the subsection are exhaustive of all the conditions precedent of a reasonable search, "an application which meets all of those conditions cannot be an abuse of the process".

Finally, I observe that the British Columbia Court of Appeal held in *Kourtessis, supra*, that s. 231.3(3) preserved the crucial "balance wheel" function of the issuing judge, and the removal of the discretion to refuse to issue a warrant when all statutory criteria are met is of no consequence. I agree with Hugessen J.A. in rejecting this line of reasoning. As I have already indicated, in order to fulfil properly the "balance wheel" role required by s. 8 of the *Charter*, a judge must be able to weigh all the surrounding circumstances to determine whether in each case the interests of the state are superior to the individual's right to privacy. By restricting the factors that a judge may consider, Parliament has improperly restricted a judge's ability to assess the reasonableness of a search. For example, as Reed J. noted, s. 231.3(3) precludes a judge from taking into consideration whether reasonable alternative sources for obtaining information sought from the search of a lawyer's office exist, notwithstanding the requirement in *Descôteaux, supra*, that this factor be considered before a search warrant under what is now s. 487 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, is issued.

délivrance du mandat ne saurait être exercé lorsque les critères fixés par la Loi relativement à la délivrance du mandat ont été respectés.

^a De plus, je n'accepte pas la position adoptée par le juge Reed en première instance et par les appelants, selon laquelle le pouvoir inhérent d'un juge d'empêcher un recours abusif aux procédures de la cour ou la violation d'un droit constitutionnel continue de conférer au juge appelé à décerner le mandat le pouvoir discrétionnaire de refuser de le décerner dans ces circonstances. Comme l'a conclu le juge Hugessen, à la p. 698, si les conditions énoncées dans le paragraphe comprennent toutes les conditions préalables à une perquisition raisonnable, «une requête qui satisfait à ces conditions ne peut être considérée comme abusive».

^d Finalement, je remarque que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu dans l'arrêt *Kourtessis*, précité, que le par. 231.3(3) préservait la fonction cruciale de pondération du juge qui décerne le mandat et que le retrait du pouvoir discrétionnaire de refuser de décerner un mandat lorsque tous les critères fixés par la Loi sont respectés est sans conséquence. Je suis d'accord avec le juge Hugessen qu'il faut rejeter ce raisonnement. Comme je l'ai déjà indiqué, afin de remplir convenablement le rôle de «pondération» qu'exige l'art. 8 de la *Charte*, un juge doit être en mesure d'apprécier toutes les circonstances pour déterminer si, dans chaque cas, les intérêts de l'État sont supérieurs au droit du particulier à la protection de sa vie privée. Lorsqu'il a limité les facteurs qu'un juge peut examiner, le Parlement a limité à tort la capacité d'un juge d'évaluer le caractère raisonnable d'une perquisition. Par exemple, comme l'a fait remarquer le juge Reed, le par. 231.3(3) empêche un juge d'examiner s'il existe d'autres sources raisonnables pour obtenir les renseignements recherchés dans le cadre de la perquisition effectuée dans un cabinet d'avocat, malgré l'exigence, énoncée dans l'arrêt *Descôteaux*, précité, que ce facteur soit examiné avant qu'un mandat de perquisition puisse être décerné en application de ce qui est maintenant l'art. 487 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Bearing all this in mind, I conclude that s. 231.3(3), by using the words "shall issue", denies the issuing judge the discretion to refuse to issue a warrant where in all the circumstances a search or seizure would be unreasonable. In fact, the subsection makes it possible for a judge to be statutorily bound to authorize an unreasonable search or seizure. For this reason the use of the word "shall" brings s. 231.3(3) into conflict with s. 8 of the *Charter*.

It was submitted, however, that the above conclusion, while it might be correct in a *Hunter v. Southam Inc.* situation, has no application to the *ITA* because it is a regulatory statute and the criteria of *Hunter* must be relaxed. I accept that the majority characterized the *ITA* as a regulatory statute in *McKinlay Transport Ltd. v. The Queen, supra*. In my opinion, however, in the very different circumstances of this case, while that classification may affect the exercise of discretion by the authorizing judge, it is not a basis for reading the requirement for a residual discretion out of s. 8. The distinction between the nature of the state intrusion in *McKinlay* and this case was clearly drawn by Wilson J. in her majority reasons. At pages 649-50, she states:

In my opinion, s. 231(3) [*sic*] provides the least intrusive means by which effective monitoring of compliance with the *Income Tax Act* can be effected. It involves no invasion of a taxpayer's home or business premises. It simply calls for the production of records which may be relevant to the filing of an income tax return.

At page 649, Wilson J. recognized that relaxation of the *Hunter* standards with respect to the demand provisions by reason of the characterization of the statutory provision as regulatory would not validate all forms of searches and seizures under the *ITA*. She continued:

Ayant tout cela à l'esprit, je conclus que le par. 231.3(3), par l'utilisation de l'indicatif présent «décerne», enlève au juge appelé à décerner le mandat le pouvoir discrétionnaire de refuser de le décerner lorsque, selon toutes les circonstances, une perquisition ou une saisie serait abusive. En fait, le paragraphe permet qu'un juge soit tenu par la Loi d'autoriser une perquisition ou une saisie abusive. Pour ce motif, l'emploi de l'indicatif présent crée un conflit entre le par. 231.3(3) et l'art. 8 de la *Charte*.

Toutefois, on a soutenu que la conclusion qui précède, bien qu'elle puisse convenir dans une situation comme celle de l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, ne s'applique pas à la *LIR* parce qu'il s'agit d'une mesure de réglementation et que le critère établi dans l'arrêt *Hunter* doit être assoupli. Je reconnais que la Cour, à la majorité, a qualifié la *LIR* de mesure de réglementation dans l'arrêt *McKinlay Transport Ltd. c. La Reine*, précité. À mon avis, toutefois, dans les circonstances très différentes de l'espèce, bien qu'elle puisse influencer sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge qui donne l'autorisation, cette qualification ne permet pas d'interpréter l'art. 8 comme prescrivant un pouvoir discrétionnaire résiduel. Le juge Wilson, dans ses motifs majoritaires, a clairement établi la distinction qui existe entre la nature de l'ingérence de l'État dans l'arrêt *McKinlay* et l'espèce. Aux pages 649 et 650, elle dit:

À mon sens, le par. 231(3) (*sic*) prescrit la méthode la moins envahissante pour contrôler efficacement le respect de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Elle n'entraîne pas la visite du domicile ni des locaux commerciaux du contribuable, elle exige simplement la production de documents qui peuvent être utiles au dépôt des déclarations d'impôt sur le revenu.

À la page 649, le juge Wilson a reconnu que l'adoucissement des normes de l'arrêt *Hunter* relativement aux dispositions concernant la demande, en raison de la qualification de la disposition législative comme mesure de réglementation, ne validerait pas toutes les formes de perquisitions et de saisies effectuées sous le régime de la *LIR*. Elle a poursuivi:

The state interest in monitoring compliance with the legislation must be weighed against an individual's privacy interest. The greater the intrusion into the privacy interests of an individual, the more likely it will be that safeguards akin to those in *Hunter* will be required. Thus, when the tax officials seek entry onto the private property of an individual to conduct a search or seizure, the intrusion is much greater than a mere demand for production of documents. [Emphasis added.]

The point is that the characterization of certain offences and statutory schemes as "regulatory" or "criminal", although a useful factor, is not the last word for the purpose of *Charter* analysis. In *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, a case in which the false/misleading advertising offence in the *Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, as amended, was attacked under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, La Forest J. said at p. 209 that "what is ultimately important are not labels (though these are undoubtedly useful), but the values at stake in the particular context", and held that the potential five-year prison term upon conviction of the offence was a deprivation of liberty requiring much greater safeguards to conform with s. 7 or 11(d) than the provisions at issue in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425.

This logic, in my view, applies in the present case. Section 231.3 contemplates and authorizes the physical entry and search, against the will of the occupant, of private premises, even those occupied by innocent third parties against whom no allegation of impropriety is levelled. The purpose of the search is to provide evidence to be used in the prosecution of *ITA* offences. Physical search of private premises (I mean private in the sense of private property, regardless of whether the public is permitted to enter the premises to do business) is the greatest intrusion of privacy short of a viola-

L'intérêt qu'a l'État à contrôler le respect de la Loi doit être soupesé en fonction du droit des particuliers à la protection de leur vie privée. Plus grande est l'atteinte aux droits à la vie privée des particuliers, plus il est probable que des garanties semblables à celles que l'on trouve dans l'arrêt *Hunter* seront nécessaires. Ainsi, le fait pour des agents du fisc de pénétrer dans la propriété d'un particulier pour y faire une perquisition et une saisie constitue une immixtion beaucoup plus grande que la simple demande de production de documents. [Je souligne.]

Il convient de dire que la qualification de certaines infractions et de certains régimes législatifs comme étant des «mesures de réglementation» ou des «mesures pénales», bien qu'il s'agisse d'un facteur utile, n'est pas décisive aux fins de l'analyse fondée sur la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, où l'infraction de publicité fausse ou trompeuse prévue dans la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23 et ses modifications, a été contestée sur le fondement de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*, le juge La Forest a dit, à la p. 209, que «ce qui importe en fin de compte, ce ne sont pas les étiquettes (bien qu'elles soient sans doute utiles), mais les valeurs en jeu dans le contexte particulier», et il a conclu que la possibilité d'une peine d'emprisonnement de cinq ans à la suite d'une déclaration de culpabilité est une privation de liberté qui nécessite des garanties beaucoup plus importantes que les dispositions visées 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, pour respecter l'art. 7 ou l'al. 11d).

À mon avis, cette logique s'applique en l'espèce. L'article 231.3 prévoit et autorise l'entrée et la perquisition, contre le gré de l'occupant, dans des locaux privés, même ceux occupés par des tiers innocents à l'égard desquels il n'y a aucune allégation d'infraction. La perquisition a pour but de fournir des éléments de preuve qui seront utilisés dans les poursuites relatives à des infractions à la *LIR*. La perquisition dans des locaux privés (je veux dire privés au sens de propriété privée peu importe si le public y a accès pour faire des affaires) constitue la plus grave atteinte à la vie

tion of bodily integrity. It is quite distinct from compelling a person to appear for examination under oath and to bring with them certain documents, under a *subpoena duces tecum* (*Thomson Newspapers, supra*), or to produce documents on demand (*McKinlay Transport, supra*). Both La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. acknowledged in *Thomson Newspapers, supra*, at pp. 520 and 594, respectively, that the power to search premises is more intrusive of an individual's privacy than the mere power to order the production of documents.

The intrusive nature of a physical search has been acknowledged by this Court on various occasions: see for example *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General), supra*. Warrants for the search of any premises constitute a significant intrusion on the privacy of an individual that is both upsetting and disruptive. Confidences, unrelated to the offence being investigated, may be subject to scrutiny by strangers. One should not lose sight of the fact that s. 231.3 allows for the search not only of business premises but also of the homes of the taxpayers as well as the premises of innocent third parties. Moreover, the premises of individuals whose relationship with the impugned taxpayer may be subject to professional privileges and whose offices may also contain confidential information regarding other individuals might also be subject to a search.

Given the intrusive nature of searches and the corresponding purpose of such a search to gather evidence for the prosecution of a taxpayer, I see no reason for a radical departure from the guidelines and principles expressed in *Hunter, supra*. The effect of any lessened expectation of privacy by reason of the character of the *ITA* will no doubt affect the exercise of discretion by an authorizing judge but cannot justify elimination of it.

privée, abstraction faite de l'atteinte à l'intégrité physique. Cela est tout à fait différent que d'obliger une personne à comparaître lors d'un interrogatoire sous serment et à apporter avec elle certains documents, en vertu d'un *subpoena duces tecum* (*Thomson Newspapers, précité*) ou à produire des documents sur demande (*McKinlay Transport, précité*). Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé ont tous deux reconnu dans l'arrêt *Thomson Newspapers, précité*, aux pp. 520 et 594 respectivement, que le pouvoir d'effectuer une perquisition dans un endroit porte plus atteinte à la vie privée d'un particulier que le simple pouvoir d'ordonner la production de documents.

La nature envahissante d'une perquisition a été reconnue par notre Cour à diverses occasions: voir, par exemple, *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général), précité*. Les mandats de perquisition constituent une atteinte importante à la vie privée d'un particulier qui est à la fois contrariante et perturbatrice. Des documents confidentiels qui n'ont rien à voir avec l'infraction qui fait l'objet de l'enquête, peuvent être examinés par des étrangers. Il ne faudrait pas oublier que l'art. 231.3 permet les perquisitions non seulement dans les locaux commerciaux mais également dans les foyers des contribuables ainsi que dans les locaux de tiers innocents. En outre, les locaux de particuliers dont les rapports avec le contribuable visé peuvent être assujettis au secret professionnel et dont les bureaux peuvent également contenir des renseignements confidentiels relatifs à d'autres personnes pourraient également faire l'objet d'une perquisition.

Compte tenu de la nature envahissante des perquisitions et de leur objet correspondant qui est de recueillir des éléments de preuve afin de poursuivre un contribuable, je ne vois aucune raison de s'écarter de façon radicale des lignes directrices et des principes exposés dans l'arrêt *Hunter, précité*. Toute réduction des attentes en matière de protection de la vie privée en raison de la nature de la *LIR* influera sans doute sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge appelé à donner l'autorisation, mais ne saurait en justifier l'élimination.

This is enough to dispose of the appeal. I will go on, however, to consider the other grounds on which the section was attacked and defended, as these were fully argued. The resolution of these additional grounds could affect the remedy which is appropriate.

(2) “Reasonable Grounds” to Believe: Subs. (3)

The second argument raised by the taxpayers in these two appeals revolves around a distinction between “reasonable grounds” and “reasonable and probable grounds”. The argument is that the requirement in s. 231.3(3) of “reasonable grounds” to believe the statutory criteria are met is constitutionally insufficient, since it is a lower standard than “reasonable and probable grounds”, and only the latter will satisfy s. 8. The argument owes its (precarious) existence in part to passages in *Hunter, supra*, which are invoked by both sides. On the one hand, Dickson J. said, at p. 168, that “reasonable and probable grounds, . . . constitutes the minimum standard”. On the other, he said, at p. 167, that the phrases “reasonable grounds to believe” in s. 443 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487) and “probable cause” in the American Fourth Constitutional Amendment were identical.

In my view nothing turns on the omission of the word “probable” from s. 231.3(3). The standard that the subsection sets out is one of credibly based probability, which is the standard required by s. 8 of the *Charter*. I respectfully disagree with Locke J.A.’s holding in *Kourtesis, supra*, that “reasonable” is not the same as “reasonable and probable”, and I find that his use of an interpretative “gloss” on the word to make it conform to constitutional requirements is an unnecessary strain on the meaning of the word. I prefer the reasoning of Lysyk J. in the British Columbia Supreme Court on this point. Lysyk J. noted that *Hunter, supra*, cast no doubt on the formulation “reasonable grounds” in s. 443 (now s. 487) of the *Criminal Code*, which is identical in that respect to s. 231.3(3) of the *ITA*. He held that the distinction relied on by the tax-

Cela est suffisant pour trancher le pourvoi. Toutefois, j’examinerai les autres moyens invoqués pour contester ou défendre la disposition car ils ont été discutés à fond. La façon de statuer sur ces moyens additionnels pourrait influencer sur la réparation qui convient.

(2) Les «motifs raisonnables» de croire: par. (3)

Le deuxième argument soulevé par les contribuables dans ces deux pourvois porte sur la distinction entre «motifs raisonnables» et «motifs raisonnables et probables». On soutient que l’exigence, au par. 231.3(3), de «motifs raisonnables» de croire qu’il y a respect des critères établis par la Loi n’est pas suffisante du point de vue constitutionnel car il s’agit d’une norme inférieure à celle des «motifs raisonnables et probables» et que seule cette dernière satisfera aux exigences de l’art. 8. Cet argument doit son existence (précaire) en partie à des passages de l’arrêt *Hunter*, précité, qui sont invoqués par les deux parties. D’une part, le juge Dickson affirme, à la p. 168, que «l’existence de motifs raisonnables et probables [. . .] constitue le critère minimal». D’autre part, il dit, à la p. 167, que les expressions «un motif raisonnable pour croire» à l’art. 443 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487) et «un motif plausible» dans le Quatrième amendement de la Constitution américaine sont identiques.

À mon avis, l’omission du terme «probable» au par. 231.3(3) est sans conséquence. La norme que ce paragraphe établit est celle de la probabilité fondée sur la crédibilité, qui est la norme prescrite par l’art. 8 de la *Charte*. En toute déférence, je ne suis pas d’accord avec la conclusion du juge Locke dans l’arrêt *Kourtesis*, précité, que le terme «raisonnable» ne correspond pas à l’expression «raisonnable et probable», et je suis d’avis que son recours à une façon d’interpréter le terme de manière à le rendre conforme aux exigences de la Constitution revient à en forcer inutilement le sens. Je préfère le raisonnement du juge Lysyk de la Cour suprême de la Colombie-Britannique sur ce point. Le juge Lysyk a souligné que l’arrêt *Hunter*, précité, ne sème aucun doute quant à la formulation «motifs raisonnables» qu’on trouve à

payers was a “refined distinction” of the type found in American jurisprudence under the Fourth Amendment, with its “probable cause” warrant clause, to be avoided in the interpretation of s. 8 of the *Charter*: *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1984] 2 S.C.R. ix.

To my mind, *Hunter*, *supra*, does not give rise to legitimate controversy on this point. That decision required reasonable “and probable” grounds and simultaneously established that the two words import the same standard. “Reasonableness” comprehends a requirement of probability. As Wilson J. said in *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, at p. 1166, aff’g (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (Ont. C.A.), at p. 219, the standard to be met in order to establish reasonable grounds for a search is “reasonable probability”. It appears that the normal statutory phrase in Canada is “reasonable grounds”, and that some of the remaining exceptions requiring “reasonable and probable grounds” have been amended in recent years, one imagines for the sake of uniformity, by deleting “and probable”: see Locke J.A.’s reasons in *Kourtesis*, *supra*, at pp. 24-25. This use of “reasonable grounds” as the basis for the issuance of search warrants is not constitutionally fatal. Rather, it meets the requirements of s. 8.

(3) Standard for the Discovery of Evidence:
Para. (3)(b)

The next point raised by the taxpayers is that s. 231.3(3)(b) waters down the minimum constitutional standard for the probability that the search will unearth evidence. This argument was accepted by the Federal Court of Appeal. The taxpayers rely on the following passage from the reasons of Dickson J. in *Hunter*, at p. 167:

l’art. 443 (maintenant l’art. 487) du *Code criminel*, qui est identique à cet égard au par. 231.3(3) de la *LIR*. Il a conclu que la distinction invoquée par les contribuables était une [TRADUCTION] «distinction subtile» du genre qu’on trouve dans la jurisprudence américaine relative au Quatrième amendement, avec sa clause sur les mandats qui parle d’un «motif plausible», et qui doit être évitée dans l’interprétation de l’art. 8 de la *Charte*: *R. c. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1984] 2 R.C.S. ix.

À mon sens, l’arrêt *Hunter*, précité, ne soulève pas une controverse légitime sur ce point. Cet arrêt exigeait des motifs raisonnables «et probables» et établissait en même temps que les deux termes faisaient intervenir la même norme. Le «caractère raisonnable» comprend une exigence de probabilité. Comme le juge Wilson l’a dit dans l’arrêt *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, à la p. 1166, conf. (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (C.A. Ont.), à la p. 219, la norme applicable pour déterminer s’il existe des motifs raisonnables d’effectuer une perquisition est la «probabilité raisonnable». Il semblerait que l’expression législative normale au Canada soit «motifs raisonnables» et que, par souci d’uniformité pourrait-on penser, certaines des exceptions restantes qui exigent des «motifs raisonnables et probables» aient été modifiées au cours des dernières années, par l’abandon des termes «et probables»: voir les motifs du juge Locke dans l’arrêt *Kourtesis*, aux pp. 24 et 25. Cet emploi de l’expression «motifs raisonnables» pour justifier la délivrance des mandats de perquisition n’est pas fatal du point de vue constitutionnel. Il satisfait plutôt aux exigences de l’art. 8.

(3) La norme applicable à la communication de la preuve: al. (3)(b)

L’autre point que soulèvent les contribuables est que l’al. 231.3(3)(b) édulcore la norme constitutionnelle minimale relative à la probabilité que la perquisition permettra de découvrir des éléments de preuve. La Cour d’appel fédérale a retenu cet argument. Les contribuables se fondent sur le passage suivant des motifs du juge Dickson dans l’arrêt *Hunter*, à la p. 167:

The problem is with the stipulation of a reasonable belief that evidence may be uncovered in the search. Here again it is useful, in my view, to adopt a purposive approach. The purpose of an objective criterion for granting prior authorization to conduct a search or seizure is to provide a consistent standard for identifying the point at which the interests of the state in such intrusions come to prevail over the interests of the individual in resisting them. To associate it with an applicant's reasonable belief that relevant evidence may be uncovered by the search, would be to define the proper standard as the possibility of finding evidence. This is a very low standard which would validate intrusion on the basis of suspicion, and authorize fishing expeditions of considerable latitude. It would tip the balance strongly in favour of the state and limit the right of the individual to resist, to only the most egregious intrusions. I do not believe that this is a proper standard for securing the right to be free from unreasonable search and seizure. [Emphasis in original.]

This passage underscores the need to protect individuals against unreasonable searches in the form of "fishing expeditions" by the state. This Court established in *Hunter* that a standard of credibly based probability rather than mere suspicion should be applied in determining when an individual's interest in privacy is subordinate to the needs of law enforcement.

In my view, the taxpayers' argument and Hugesen J.A.'s holding that s. 231.3(3)(b) fails to meet this criterion is based on a misreading of the paragraph. There are important differences between the statutory language at issue here and in *Hunter*. The impugned section in *Hunter* provided that where the Director of Investigation and Research of the Combines Investigation Branch believed there "may be evidence" relevant to an inquiry, officers may search for and seize anything that "may afford . . . evidence": *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 10(1). The provision at issue in the present litigation requires reasonable grounds to believe, *inter alia*, that something that "may afford evidence" is "likely to be found". This for-

La difficulté réside dans la stipulation d'une conviction raisonnable que des éléments de preuve peuvent être découverts au cours de la perquisition. Une fois de plus, il est utile, à mon avis, de considérer le but recherché. L'établissement d'un critère objectif applicable à l'autorisation préalable de procéder à une fouille, à une perquisition ou à une saisie a pour but de fournir un critère uniforme permettant de déterminer à quel moment les droits de l'État de commettre ces intrusions l'emportent sur ceux du particulier de s'y opposer. Relier ce critère à la conviction raisonnable d'un requérant que la perquisition peut permettre de découvrir des éléments de preuve pertinents équivaldrait à définir le critère approprié comme la possibilité de découvrir des éléments de preuve. Il s'agit d'un critère très faible qui permettrait de valider une intrusion commise par suite de soupçons et autoriserait des recherches à l'aveuglette très étendues. Ce critère favoriserait considérablement l'État et ne permettrait au particulier de s'opposer qu'aux intrusions les plus flagrantes. Je ne crois pas que ce soit là un critère approprié pour garantir le droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. [Souligné dans l'original.]

Cet extrait souligne la nécessité de protéger les particuliers contre les perquisitions abusives sous forme de «recherches à l'aveuglette» effectuées par l'État. Notre Cour a établi dans l'arrêt *Hunter* que c'est la norme de la probabilité fondée sur la crédibilité plutôt que la norme du simple soupçon qui devrait être appliquée pour déterminer quand le droit d'un particulier à la protection de sa vie privée est subordonné aux besoins en matière d'application de la loi.

À mon avis, l'argument des contribuables et la conclusion du juge Hugessen que l'al. 231.3(3)b) ne satisfait pas à ce critère reposent sur une interprétation erronée de l'alinéa. Il existe des différences importantes entre le texte législatif visé en l'espèce et celui dont il est question dans l'arrêt *Hunter*. L'article contesté dans l'arrêt *Hunter* prévoyait que lorsque le directeur des enquêtes et recherches de la direction des enquêtes sur les coalitions croit qu'il «peut exister des preuves» se rapportant à une enquête, les fonctionnaires peuvent effectuer une perquisition et saisir tout ce qui est «susceptible de fournir une preuve»: *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, par. 10(1). La disposition attaquée en

mulation does not make the standard the “possibility of finding evidence”, which was rejected as too low in *Hunter* (at p. 167; emphasis in original). Rather, it meets the “credibly based probability” standard required by s. 8. The paragraph, by using the word “likely” in respect of the chance of finding the thing sought, imports the criterion of probability. The legislation in *Hunter, supra*, employed the lower threshold of “may” in respect of the chance of finding the thing sought, which was held to be unacceptable. When Dickson J. stated that at a minimum there must be reasonable and probable grounds to believe there is evidence to be found at the place of search (at p. 168), it must be remembered that he was addressing himself to the legislative requirement that “evidence may be found”, which made mere possibility of finding evidence the criterion. Dickson J.’s reasons in *Hunter* make it clear that the controlling standard is credibly based probability, not mere possibility. The word “likely” meets this standard. Its use in s. 231.3(3)(b) is reinforced by the explicit terms of s. 231.3(3)(c).

l’espèce exige des motifs raisonnables de croire, notamment, qu’il est vraisemblable de trouver des choses qui «peuvent constituer des éléments de preuve». Cette formulation ne respecte pas la norme de la «possibilité de découvrir des éléments de preuve», qui a été rejetée parce qu’elle était trop faible dans l’arrêt *Hunter* (à la p. 167; souligné dans l’original). Elle respecte plutôt la norme de la «probabilité fondée sur la crédibilité» que prescrit l’art. 8. L’alinéa, par l’utilisation du terme «vraisemblable» relativement aux chances de découvrir la chose recherchée, fait intervenir le critère de la probabilité. La disposition législative dans l’arrêt *Hunter*, précité, recourait au seuil moins élevé du terme «peut» relativement aux chances de découvrir la chose recherchée, ce qui a été jugé inacceptable. Il faut se rappeler que, lorsque le juge Dickson a dit qu’il devait y avoir au moins des motifs raisonnables et probables de croire que des éléments de preuve se trouvent à l’endroit de la perquisition (p. 168), qu’il examinait l’exigence législative que «des éléments de preuve [puissent] être découverts», qui établissait comme critère la simple possibilité de découvrir des éléments de preuve. Il ressort clairement des motifs du juge Dickson dans l’arrêt *Hunter* que la norme déterminante est la probabilité fondée sur la crédibilité et non pas la simple possibilité. Le terme «vraisemblable» respecte cette norme. L’emploi de ce terme à l’al. 231.3(3)b) est renforcé par les termes explicites de l’al. 231.3(3)c).

The word “may” is used in a different sense in s. 231.3(3)(b), namely regarding the evidential value of the thing sought. The use of the word “may” regarding the use of the thing found as evidence in a prosecution does not detract from the standard of probability of finding the thing sought; rather, it recognizes the nature of the investigative process. The concern in *Hunter* was with the probability of finding the things sought, not with the certitude that the things found will be used as evidence. The taxpayers do not restrict their argument to *Hunter*, however. They also refer to decisions striking down s. 111(1) of the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), which employed the words “there may be found”: see, for example, *Goguen v. Shannon* (1989), 50 C.C.C. (3d) 45

Le terme «peuvent» est utilisé dans un sens différent à l’al. 231.3(3)b), c’est-à-dire en ce qui concerne la valeur probante de la chose recherchée. L’emploi du terme «peut» ou «peuvent» en ce qui concerne l’utilisation des choses découvertes comme éléments de preuve dans une poursuite ne déroge pas à la norme de la probabilité de découvrir la chose recherchée; il reconnaît plutôt la nature du processus d’enquête. Dans l’arrêt *Hunter*, on se préoccupait de la probabilité de découvrir les choses recherchées et non pas de la certitude que les choses découvertes seraient utilisées en preuve. Toutefois, les contribuables ne limitent pas leur argumentation à l’arrêt *Hunter*. Ils mentionnent également des décisions qui ont déclaré invalide le par. 111(1) de la *Loi sur les*

(N.B.C.A.); *Nima v. McInnes* (1988), 45 C.C.C. (3d) 419 (B.C.S.C. in Chambers). Their reliance on these decisions is misplaced, however. The objectionable language in the *Customs Act* had to do with the standard for finding the things sought, not for affording evidence of the offence.

The use of the word “may” regarding the use of the thing found as evidence in a prosecution simply reflects one of the simple realities of the investigation of offences. It is impossible to know with certainty at an early stage in any investigation what particular items will provide evidence in a trial. I concede that in some police or other official investigations there will be some items the evidential value of which is known beforehand and of which it can be said with confidence that “this thing will probably be found and if found, will be used as evidence at trial”. But this standard cannot be expected of every item that may be relevant to the commission of the offence. Moreover, even in what appear to be the clear cases, it is often impossible to know with certainty the evidential value of the things sought. That will often depend on further investigation and analysis after the search warrant is executed. Accordingly, to exact a higher standard would unduly restrict investigation and could not have been intended as a prerequisite to a valid search and seizure.

I conclude, therefore, that the standard “may afford evidence”, when coupled with a requirement of credibly based probability that the things sought are likely to be found, passes constitutional muster. I find support for this conclusion in the fact that, at common law, “may afford evidence” was considered a sufficient test for the issue of a warrant. As one judge put it in a fraud case:

douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), qui utilisait les termes «à la présence»: voir, par exemple, *Goguen c. Shannon* (1989), 50 C.C.C. (3d) 45 (C.A.N.-B.); *Nima c. McInnes* (1988), 45 C.C.C. (3d) 419 (C.S.C.-B. en chambre). Toutefois, ils se fondent à tort sur ces décisions. Le texte contestable de la *Loi sur les douanes* concernait la norme applicable pour découvrir les choses recherchées et non pour permettre de prouver l’infraction.

L’emploi du terme «peut» concernant l’utilisation de la chose découverte comme élément de preuve dans une poursuite reflète simplement l’une des réalités élémentaires de la procédure d’enquête relative aux infractions. Il est impossible de savoir avec certitude au début d’une enquête quels articles particuliers constitueront des éléments de preuve lors d’un procès. J’admets que, dans certaines enquêtes policières ou d’autres enquêtes officielles, il y a certains éléments dont la valeur probante est connue au préalable et dont on peut dire en toute confiance que «cet élément sera probablement découvert et, servira le cas échéant, d’élément de preuve au procès». Toutefois, on ne peut s’attendre à ce que cette norme s’applique à chaque élément qui peut être pertinent relativement à la perpétration de l’infraction. De plus, même dans ce qui semble être un cas évident, il est souvent impossible de connaître avec certitude la valeur probante des choses recherchées. Cela dépendra souvent d’une enquête et d’une analyse additionnelles après l’exécution du mandat de perquisition. En conséquence, exiger un critère plus strict limiterait indûment l’enquête et on ne peut avoir voulu qu’il constitue une condition préalable à une perquisition et à une saisie valides.

Par conséquent, je conclus que la norme «peuvent constituer des éléments de preuve», lorsqu’elle est conjuguée à l’exigence d’une probabilité, fondée sur la crédibilité, que les choses recherchées seront vraisemblablement découvertes est acceptable du point de vue constitutionnel. J’appuie cette conclusion sur le fait qu’en common law l’expression «peuvent constituer des éléments de preuve» a été considérée comme un critère suffisant pour décerner un mandat. Comme un juge l’a dit dans une affaire de fraude:

It is not necessary for the magistrate to satisfy himself that the documents sought to be searched in the case before this Court can prove the fraud alleged to have been committed. He need not adjudicate upon the question whether the offence was committed at the time he issued the search warrant, nor does he need to adjudicate on the question whether the documents sought can in fact assist in establishing the commission of the offence. He need only satisfy himself that there were reasonable grounds for believing that such documents could be of assistance in establishing the commission of the offence and that they were in the premises in respect of which the search warrant is sought. [Emphasis added.]

(*Wiens v. The Queen* (1973), 24 C.R.N.S. 341 (Man. Q.B.), at p. 347.)

Although counsel for the Attorney General of Canada is right in conceding, as he does in his factum, that the common law standard cannot dictate the constitutional standard, I agree with his submission that the logic of the common law decisions applies with added force to the complex commercial fraud and tax evasion cases of the modern era. As Hartt J. said in *R. v. Burnett*, [1985] 2 C.T.C. 227 (Ont. H.C.), at pp. 238-39:

Where the alleged misconduct is of a complex nature in which funds are allegedly funnelled through a number of interrelated companies with a view to hiding their disposition, it seems to me that the number of documents that may afford evidence of such a violation may well be very great indeed. In such a case, an entire class of documents may in fact be necessary to trace the transactions. Granted, many documents in a file may not, in the final analysis, be relevant to any tax violation. However, it may be impossible to preclude their relevance without a detailed examination of all the documents seized.

And, in *Re Print Three Inc.*, *supra*, at p. 397, McKinnon A.C.J.O. for the court (Martin and Thorson J.J.A. concurring) stated:

... because of the extent and complexity of business affairs, made possible by modern technology and merchandising methods, it is impossible to define with exact

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire que le magistrat soit convaincu que les documents dont la recherche est demandée en l'espèce puissent démontrer la fraude qui aurait été commise. Il n'a pas à trancher la question de savoir si l'infraction a été commise au moment où il a décerné le mandat de perquisition, ni celle de savoir si les documents recherchés peuvent en fait aider à établir la perpétration de l'infraction. Il suffit qu'il soit convaincu de l'existence de motifs raisonnables de croire que ces documents pourraient aider à établir la perpétration de l'infraction et qu'ils se trouvaient dans les lieux à l'égard desquels le mandat de perquisition est demandé. [Je souligne.]

(*Wiens c. The Queen* (1973), 24 C.R.N.S. 341 (B.R. Man.), à la p. 347.)

Bien que l'avocat du procureur général du Canada ait raison d'admettre, comme il l'a fait dans son mémoire, que la norme de common law ne saurait dicter la norme constitutionnelle, je souscris à son argument selon lequel la logique des décisions fondées sur la common law s'applique avec une force accrue aux affaires complexes de fraude commerciale et d'évasion fiscale de l'époque moderne. Comme le juge Hartt l'a affirmé dans la décision *R. c. Burnett*, [1985] 2 C.T.C. 227 (H.C. Ont.), aux pp. 238 et 239:

[TRADUCTION] Lorsqu'on allègue l'existence d'une inconduite de nature complexe en vertu de laquelle des fonds seraient détournés par l'entremise d'un certain nombre de sociétés intimement liées afin de dissimuler leur aliénation, il me semble que le nombre de documents susceptibles de constituer des éléments de preuve d'une telle violation puisse être effectivement très élevé. Dans un tel cas, toute une catégorie de documents peut en fait être nécessaire pour retracer les opérations. Il va de soi qu'il se peut, en dernière analyse, que bien des documents dans un dossier ne soient pas pertinents en ce qui concerne une fraude fiscale. Toutefois, il est impossible d'en écarter la pertinence sans un examen détaillé de tous les documents saisis.

De plus, dans l'arrêt *Re Print Three Inc.*, précité, à la p. 397, le juge en chef adjoint McKinnon de l'Ontario affirme, au nom de la cour (avec l'appui des juges Martin et Thorson):

[TRADUCTION] ... en raison de l'étendue et de la complexité des affaires commerciales, à cause de la technologie et des méthodes commerciales modernes, il est

precision the documents sought in cases involving fraud or tax evasion.

Given the inherent problems in specifying the particular items sought to be seized and determining how they fit into a complex pattern of economic activity, the appropriateness of the "may afford evidence" standard in the context of income tax investigations is apparent.

I therefore respectfully disagree with Hugessen J.A.'s accession to the taxpayers' argument on this point (at p. 708), and hold that the language of s. 231.3(3)(b) is consistent with the right to be secure against unreasonable search or seizure in s. 8 of the *Charter*.

(4) Wholesale Search And Seizure: Subs. (5)

Finally, s. 231.3(5) is attacked for allowing the same kind of "wholesale search and seizures" without prior authorization found under the predecessor legislation to violate s. 8 of the *Charter*. The Attorney General of Canada and the interveners argued that given the nature of the documents involved the provision is a reasonable extension if not a reflection of the "plain view" doctrine permitting the seizure of articles in plain view. The taxpayers submit that s. 231.3(5) goes beyond plain view seizures since it will rarely be apparent whether a particular document constitutes evidence of a violation of the *ITA*. The difficulty in dealing with this question is that we face it in a factual vacuum since there is no indication that documents were seized in reliance on this provision. We are always loathe to adjudicate constitutional issues in the absence of a factual foundation: *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at pp. 361 and 366; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 762 and 767-68. I think the issue should be left to be resolved until such time as this Court is presented with a situation in which the provision was relied upon to seize documents. In view of the remedy which I

impossible de définir avec précision les documents qui sont recherchés dans les affaires de fraude ou d'évasion fiscale.

Étant donné les difficultés qu'il y a à préciser les éléments particuliers qu'on demande à saisir, et à déterminer de quelle façon ils s'inscrivent dans un ensemble complexe d'activité économique, la justesse du critère «peuvent constituer des éléments de preuve» est évidente dans le contexte des enquêtes en matière d'impôt sur le revenu.

En toute déférence, je suis par conséquent en désaccord avec l'acceptation par le juge Hugessen de l'argument des contribuables sur ce point (à la p. 708), et je conclus que le texte de l'al. 231.3(3)b) est conforme au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives que garantit l'art. 8 de la *Charte*.

(4) Les perquisitions et les saisies générales: par. (5)

Finalement, le par. 231.3(5) est contesté parce qu'il permet le même genre de «perquisitions et de saisies générales» sans l'autorisation préalable qui, sous le régime de la disposition législative précédente, a été jugée contraire à l'art. 8 de la *Charte*. Le procureur général du Canada et les intervenants ont fait valoir que, compte tenu de la nature des documents visés, la disposition constitue un élargissement raisonnable voire un reflet de la théorie des «objets bien en vue» qui permet la saisie des objets bien en vue. Les contribuables soutiennent que le par. 231.3(5) va plus loin que les saisies d'objets bien en vue parce qu'il sera rarement évident qu'un document particulier constitue un élément de preuve de la violation de la *LIR*. Le problème que soulève cette question est qu'elle se pose dans l'abstrait car il n'y a aucune indication que des documents ont été saisis sur le fondement de cette disposition. Nous n'aimons jamais trancher des questions constitutionnelles en l'absence de fondement factuel: *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, aux pp. 361 et 366; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 762, 767 et 768. Je crois que la question devrait être tranchée lorsque notre Cour

have adopted, s. 231.3 will have to be re-enacted and therefore the terms of this subsection may warrant reconsideration. Moreover, I believe that the provision is couched in language that is susceptible to interpretation so as to confine it within constitutional limits on the basis outlined by Lamer J. in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078. On this basis, the authority to seize might be limited to documents that could be seized on the basis of the “plain view” doctrine with appropriate refinements to comport with the special circumstance of income tax investigation.

C. Section 1

As I said at the outset of my reasons, I do not intend to engage in any s. 1 analysis since neither the appellants nor the interveners in this appeal, nor, indeed, the respondent or the interveners in *Kourtesis*, have made any submissions or directed us to any evidence capable of demonstrating that s. 231.3, if unreasonable for the purposes of s. 8, is yet reasonable and demonstrably justified for the purposes of s. 1. The burden was on the government to establish that the law constituted a reasonable limit, and it has made no attempt to do so. As observed by Dickson J. in *Hunter*, it is problematic as to “what further balancing of interests, if any, may be contemplated by s. 1, beyond that envisaged by s. 8” (at pp. 169-70). Presumably for the same reason, other cases in this Court which have considered s. 8 of the *Charter* have not addressed s. 1.

D. Remedy

The Federal Court of Appeal by its formal order quashed the search warrants and declared and ordered the return of the documents seized under the authority of the warrant. The reasons, however, include “a declaration that s. 231.3 of the *Income Tax Act* is of no force or effect”. This declaration is

aura à se prononcer sur une situation dans laquelle on se sera fondé sur la disposition pour saisir des documents. Compte tenu de la réparation que j’ai adoptée, l’art. 231.3 devra être adopté de nouveau et, par conséquent, il pourra être justifié de revoir le texte de cet article. De plus, je crois que la disposition est rédigée en des termes susceptibles d’être interprétés de manière conforme aux limites constitutionnelles établies par le juge Lamer dans l’arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078. Pour ce motif, le pouvoir de saisie pourrait être limité aux documents susceptibles d’être saisis selon la théorie des «objets bien en vue» en effectuant les adaptations qui s’imposent en raison des circonstances spéciales d’une enquête en matière d’impôt sur le revenu.

d C. L’article premier

Comme je l’ai dit au début de mes motifs, je n’ai pas l’intention de m’engager dans une analyse fondée sur l’article premier étant donné que ni les appelants ni les intervenants en l’espèce, ni même l’intimé ou les intervenants dans l’arrêt *Kourtesis* ne nous ont présenté d’arguments ou d’éléments de preuve susceptibles de démontrer que l’art. 231.3, s’il est abusif aux fins de l’art. 8, est toutefois raisonnable et que sa justification peut se démontrer aux fins de l’article premier. Il incombait au gouvernement de démontrer que la loi constituait une limite raisonnable et il n’a pas tenté de le faire. Comme le juge Dickson l’a fait remarquer dans l’arrêt *Hunter*, la question de savoir «quelle autre prépondérance des droits, s’il y a lieu, peut être envisagée par l’art. 1 outre celle qu’envisage l’art. 8» (à la p. 170) pose un problème. C’est vraisemblablement pour la même raison que notre Cour n’a pas abordé l’article premier dans d’autres arrêts qui ont porté sur l’art. 8 de la *Charte*.

D. Réparation

La Cour d’appel fédérale a, par son ordonnance formelle, annulé les mandats de perquisition et ordonné la remise des documents saisis en vertu des mandats. Toutefois, les motifs contiennent [TRADUCTION] «une déclaration que l’article 231.3 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* est inopérant».

omitted from the formal judgment but I assume this was an oversight. No submissions were made by the appellants to the effect that, if the appeal failed, the relief granted by the Court of Appeal should be varied. The order sought in the appellants' factum is that "the appeal be allowed, with costs, and the application to set aside the search warrant be dismissed". The Attorney General of Canada also submits that the constitutional question be answered in the negative. Technically, therefore, the issue of a remedy other than that which was granted by the Court of Appeal is not properly before us.

Furthermore, there is no question that striking out s. 231.3 is an appropriate, if not the most appropriate remedy. The subsection I have found constitutionally inadequate is the one prescribing the conditions precedent for the issuance of a warrant. Issuing the warrant is the linchpin of the whole scheme, and all the other parts of the section depend for their relevance upon, and are inextricably caught up with, the valid issuance of a search warrant. Without the power to issue a warrant, the rest of the section is meaningless. "Reading down" by amending the clear intent of a statutory provision may be appropriate in some cases. The decision to do so requires a determination that this remedy will constitute the lesser intrusion into the role of the legislature consistent with upholding the values and objectives of the *Charter*. See *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 104, and *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 707. This is a determination that I am not prepared to make in the absence of submissions by the Attorney General of Canada on behalf of the Government of Canada that reading down will constitute a lesser intrusion.

VII. Disposition

I would dismiss the appeal with costs. The judgment of the Court of Appeal is restored but its for-

Cette déclaration est omise dans l'arrêt formel mais je présume qu'il s'agit là d'un oubli. Les appelants n'ont présenté aucun argument selon lequel, en cas de rejet du pourvoi, la réparation accordée par la Cour d'appel devrait être modifiée. L'ordonnance demandée dans le mémoire des appelants est que [TRADUCTION] «le pourvoi soit accueilli avec dépens et que la demande d'annulation du mandat de perquisition soit rejetée». Le procureur général du Canada soutient également qu'il convient de répondre à la question constitutionnelle par la négative. Donc, techniquement, nous ne sommes pas régulièrement saisis de la question d'une réparation autre que celle qui a été accordée par la Cour d'appel.

En outre, il est évident que l'annulation de l'art. 231.3 constitue une réparation appropriée, voire la réparation la plus appropriée. Le paragraphe qui, à mon avis, est inadéquat du point de vue constitutionnel est celui qui prescrit les conditions préalables à la délivrance d'un mandat. Tout le régime est fondé sur la délivrance du mandat et toutes les autres parties de l'article dépendent, pour ce qui est de leur pertinence, de la délivrance valide d'un mandat de perquisition et sont inextricablement liées à celle-ci. En l'absence du pouvoir de décerner un mandat, le reste de l'article est dépourvu de sens. Dans certains cas, il peut être à propos de donner une «interprétation atténuée» en modifiant l'intention manifeste d'une disposition législative. Une telle décision exige qu'on détermine que cette réparation constituera l'ingérence la moins importante dans le rôle du législateur qui correspond au maintien des valeurs et des objectifs de la *Charte*. Voir l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, à la p. 104, et l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 707. Il s'agit d'une décision que je ne suis pas prêt à prendre en l'absence d'arguments, avancés par le procureur général du Canada pour le compte du gouvernement du Canada, selon lesquels l'interprétation atténuée constituera une ingérence moins importante.

VII. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. L'arrêt de la Cour d'appel est rétabli mais il y a

mal order should be amended to include the declaration with respect to the invalidity of s. 231.3. I would answer the constitutional question as follows:

Question: Whether s. 231.3 of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended by S.C. 1986, c. 6, limits the rights and freedoms guaranteed by ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982* (U.K.), 1982, c. 11, and is consequently of no force or effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982* (U.K.), 1982, c. 11.

Answer: Yes, in that s. 231.3(3) violates s. 8.

Appeal dismissed with costs. Section 231.3(3) of the Income Tax Act violates s. 8 of the Charter and is of no force or effect.

Solicitor for the appellants: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Phillips & Vineberg, Montreal.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Montreal.

lieu de modifier son ordonnance formelle de manière à inclure le jugement déclaratoire relatif à l'invalidité de l'art. 231.3. Je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle de la manière suivante:

Question: L'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, modifié par S.C. 1986, ch. 6, limite-t-il les droits et libertés garantis par les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11, et est-il, par conséquent, inopérant conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11?

Réponse: Oui, du fait que le par. 231.3(3) viole l'art. 8.

Pourvoi rejeté avec dépens. Le paragraphe 231.3(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu viole l'art. 8 de la Charte et est inopérant.

Procureur des appelants: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs des intimés: Phillips & Vineberg, Montréal.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Montréal.

Mario Pouliot *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. POULIOT

File No.: 22960.

1993: February 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Trial — Charge to jury — Comments on closing addresses of counsel — Beginning of trial judge's charge to jury amounting to a reply to defence counsel's closing address — Miscarriage of justice — New trial ordered — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(iii).

Statutes and Regulations Cited*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(iii).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1992), 47 Q.A.C. 1, 74 C.C.C. (3d) 428, dismissing the accused's appeal from his conviction on charges of first degree murder. Appeal allowed and new trial ordered, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting.

Pierre Girard, for the appellant.*Michel Ayotte* and *Pierre Proulx*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER C.J.—In view of the outcome of the appeal, it will not be necessary to decide on the motion for an extension of time and for leave to appeal on an additional ground of law, the motion being no longer applicable.

Mario Pouliot *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. POULIOT

N^o du greffe: 22960.1993: 1^{er} février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Commentaires sur les plaidoiries des avocats — Début de l'exposé du juge du procès au jury équivalant à une réplique à la plaidoirie de la défense — Erreur judiciaire — Nouveau procès ordonné — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(iii).

Lois et règlements cités*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1992), 47 Q.A.C. 1, 74 C.C.C. (3d) 428, qui a rejeté l'appel de l'accusé à l'encontre de sa déclaration de culpabilité de meurtres au premier degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents.

Pierre Girard, pour l'appellant.*Michel Ayotte* et *Pierre Proulx*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Vu l'issue de l'appel, il ne sera pas nécessaire de décider de la requête en prorogation de délais et en permission d'en appeler pour un motif de droit additionnel, la requête devenant sans objet.

A majority of us are of the view that there was a violation of s. 686(1)(a)(iii) and that this appeal should accordingly be allowed primarily for the reasons given by Fish J.A. in the Court of Appeal. L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ., dissenting, would dismiss the appeal for the reasons given by Nichols J.A. in the Court of Appeal.

The appeal is allowed and a new trial ordered.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Spagnoli, Denault, Corte, Gobeil, Bourassa & Côté, Montréal.

Solicitor for the respondent: Michel Ayotte, Sherbrooke.

À la majorité nous sommes d'avis qu'il y a eu violation du sous-al. 686(1)a)(iii) et d'accueillir en conséquence ce pourvoi principalement aux motifs du juge Fish de la Cour d'appel. Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents et rejetteraient l'appel aux motifs du juge Nichols de la Cour d'appel.

Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Spagnoli, Denault, Corte, Gobeil, Bourassa & Côté, Montréal.

Procureur de l'intimée: Michel Ayotte, Sherbrooke.

Eugene Honish *Appellant***Eugene Honish** *Appelant*

v.

c.

Her Majesty The Queen *Respondent*^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

INDEXED AS: R. v. HONISH

RÉPERTORIÉ: R. c. HONISH

File No.: 22739.

^b N° du greffe: 22739.

1993: February 2.

1993: 2 février.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

^c Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

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

Criminal law — Defences — Issue of self-induced intoxication resulting in automatism not live here — Case of intoxication.^d *Droit criminel — Moyens de défense — La question de l'intoxication volontaire entraînant des automatismes ne se pose pas — Cas d'intoxication.*

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1991), 85 Alta. L.R. (2d) 129, 120 A.R. 223, 68 C.C.C. (3d) 329, [1992] 3 W.W.R. 45, 36 M.V.R. (2d) 295, 14 W.C.B. (2d) 570, 8 W.A.C. 223, dismissing an appeal from conviction by Pinard J. Appeal dismissed.

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1991), 85 Alta. L.R. (2d) 129, 120 A.R. 223, 68 C.C.C. (3d) 329, [1992] 3 W.W.R. 45, 36 M.V.R. (2d) 295, 14 W.C.B. (2d) 570, 8 W.A.C. 223, qui a rejeté un appel contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Pinard. Pourvoi rejeté.*Alexander D. Pringle, Q.C., for the appellant.*^f *Alexander D. Pringle, c.r., pour l'appelant.**Jack Watson, for the respondent.**Jack Watson, pour l'intimée.*

The judgment of the Court was delivered orally by

^g Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LAMER C.J.—Whether self-induced intoxication resulting in automatism is or is not a defence, that issue is not live in this case, as we agree with the trial judge's finding of fact that this is merely a case of intoxication.

^h LE JUGE EN CHEF LAMER—Que l'intoxication volontaire entraînant des automatismes soit ou non un moyen de défense, cette question ne se pose pas en l'espèce, puisque nous souscrivons à la conclusion de fait du juge de première instance qu'il s'agit simplement d'un cas d'intoxication.

The appeal is dismissed.

ⁱ Le pourvoi est rejeté.*Judgment accordingly.**Jugement en conséquence.**Solicitors for the appellant: Pringle, Renouf & Associates, Edmonton.*^j *Procureurs de l'appellant: Pringle, Renouf & Associates, Edmonton.*

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

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

Glenn Ivor Jones *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. JONES

File No.: 22400.

1993: February 2.

Present: La Forest, Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Appeals to Supreme Court of Canada — Appeal as of right from conviction — Dissent in Court of Appeal not on question of law — Appeal dismissed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 691(1)(a).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 691(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1991), 89 Sask. R. 214, 64 C.C.C. (3d) 181, dismissing the accused's appeal from his conviction by Grotsky J. on a charge of possession of a narcotic for the purpose of trafficking. Appeal dismissed.

William H. Roe, for the appellant.

Michael R. Dambrot, Q.C., and *Douglas G. Curliss*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J.—We are all of the view that there was not a dissent on a question of law within the meaning of s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*. The appeal is therefore dismissed.

Glenn Ivor Jones *Appelant*

c.

a

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. JONES

b

N^o du greffe: 22400.

1993: 2 février.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Appels devant la Cour suprême du Canada — Appel de plein droit d'une déclaration de culpabilité — Dissidence en Cour d'appel ne portant pas sur une question de droit — Appel rejeté — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1)a.

e

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1)a.

f

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1991), 89 Sask. R. 214, 64 C.C.C. (3d) 181, qui a rejeté l'appel que l'accusé avait interjeté contre sa déclaration de culpabilité par le juge Grotsky relativement à une accusation de possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic. Pourvoi rejeté.

h

William H. Roe, pour l'appelant.

Michael R. Dambrot, c.r., et *Douglas G. Curliss*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LA FOREST—Nous sommes tous d'avis qu'il n'y a pas eu de dissidence sur une question de droit au sens de l'al. 691(1)a) du *Code criminel*. Le pourvoi est donc rejeté.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Roe & Olson, Saskatoon.

Procureurs de l'appellant: Roe & Olson, Saskatoon.

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

Procureur de l'intimée: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Henry Morgentaler *Respondent*

and

Canadian Abortion Rights Action League (CARAL) *Intervener*

INDEXED AS: R. v. MORGENTALER

File No.: 22578.

1993: February 2.

Present: Sopinka J.

MOTION FOR AN ORDER PROHIBITING INTERVENER FROM ARGUING NEW ISSUES

Practice — Intervention — New issues — Supreme Court of Canada — Motion to prohibit intervener from presenting argument on federal peace, order and good government power — Intervener not entitled to widen or add to points in issue — Motion granted.

Cases Cited

Referred to: *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 2 S.C.R. 335.

Statutes and Regulations Cited

Medical Services Act, S.N.S. 1989, c. 9.

MOTION on behalf of appellant to prohibit an intervener from arguing new issues in an appeal. Motion granted.

Marian Tyson and Louise Walsh Poirier, for the motion.

Mary Eberts and Ian Godfrey, for the intervener Canadian Abortion Rights Action League (CARAL).

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Henry Morgentaler** *Intimé*

et

^b **Association canadienne pour le droit à l'avortement (ACDA)** *Intervenante*

RÉPERTORIÉ: R. c. MORGENTALER

^c N° du greffe: 22578.

1993: 2 février.

Présent: Le juge Sopinka.

^d REQUÊTE EN VUE D'OBTENIR UNE ORDONNANCE INTERDISANT À UN INTERVENANT DE DÉBATTRE DE NOUVELLES QUESTIONS

^e *Pratique — Intervention — Nouvelles questions — Cour suprême du Canada — Requête en vue d'interdire à un intervenant d'avancer l'argument de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement — Un intervenant n'a pas le droit d'élargir la portée des questions en litige ou d'y ajouter quoi que ce soit — Requête accordée.*

Jurisprudence

^g **Arrêt mentionné:** *Renvoi: Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 2 R.C.S. 335.

Lois et règlements cités

Medical Services Act, S.N.S. 1989, ch. 9.

^h REQUÊTE présentée au nom de l'appelante en vue d'interdire à un intervenant de débattre de nouvelles questions dans un pourvoi. Requête accordée.

ⁱ *Marian Tyson et Louise Walsh Poirier*, à l'appui de la requête.

^j *Mary Eberts et Ian Godfrey*, pour l'intervenante l'Association canadienne pour le droit à l'avortement (ACDA).

Anne Derreck, for the respondent.

Anne Derreck, pour l'intimé.

The following is the judgment delivered by

Version française du jugement rendu par

SOPINKA J.—The motion brought by the appellant Attorney General of Nova Scotia to prohibit the intervener (respondent on the motion) Canadian Abortion Rights Action League (CARAL) from presenting argument on the federal peace, order and good government power (POGG) is granted. The purpose of an intervention is to present the court with submissions which are useful and different from the perspective of a non-party who has a special interest or particular expertise in the subject matter of the appeal. See *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 2 S.C.R. 335.

An intervener is not entitled, however, to widen or add to the points in issue. Although it was brought to my attention that Dr. Morgentaler (the respondent in the appeal) raised the peace, order and good government issue in the Nova Scotia Provincial Court, the issue was not considered in the Provincial Court's decision nor did it arise in the Court of Appeal. Counsel for Dr. Morgentaler conceded at the hearing of this motion that the issue was not raised in the Court of Appeal or in this Court. It is not contested that the evidence in the case was culled for incorporation into the case on appeal on the basis that the federal criminal law power was the basis on which it was alleged that the impugned legislation is *ultra vires*.

The basis on which CARAL applied to intervene and on which its application was granted was that it would argue that the *Medical Services Act*, S.N.S. 1989, c. 9, and regulations made thereunder are in the nature of criminal law and therefore *ultra vires* the province. This is made very clear in the affidavit of Jane Holmes, sworn on June 11, 1992, filed in support of CARAL's application for leave to intervene. The constitutional questions framed by the Chief Justice in this case are restricted to the federal criminal law power and there is nothing in the constitutional questions that

LE JUGE SOPINKA—La requête que l'appelant le procureur général de la Nouvelle-Écosse a présentée en vue d'interdire à l'intervenante (intimée dans la requête) l'Association canadienne pour le droit à l'avortement (ACDA) d'avancer l'argument de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement est accueillie. Une intervention vise à saisir la cour d'allégations utiles et différentes du point de vue d'un tiers qui a un intérêt spécial ou une connaissance particulière de la question visée par la procédure d'appel. Voir *Renvoi: Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 2 R.C.S. 335.

Toutefois, un intervenant n'a pas le droit d'élargir la portée des questions en litige ou d'y ajouter quoi que ce soit. Même si l'on m'a fait remarquer que le Dr Morgentaler (l'intimé dans le pourvoi) a soulevé l'argument de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement devant la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse, cette question n'a pas été considérée dans la décision de la Cour provinciale et ne s'est pas non plus posée en Cour d'appel. Lors de l'audition de la présente requête, l'avocate du Dr Morgentaler a reconnu que la question n'a été soulevée ni en Cour d'appel ni en notre Cour. On ne conteste pas que les éléments de preuve qui ont été incorporés dans le dossier d'appel en l'espèce ont été choisis en tenant pour acquis que c'était en fonction de la compétence fédérale en matière de droit criminel qu'on alléguait que la mesure législative attaquée est inconstitutionnelle.

La raison pour laquelle l'ACDA a demandé et obtenu l'autorisation d'intervenir est qu'elle ferait valoir que la *Medical Services Act*, S.N.S. 1989, ch. 9, et ses règlements d'application participent du droit criminel et excèdent donc la compétence de la province. Cela ressort très clairement de l'affidavit de Jane Holmes, en date du 11 juin 1992, qui a été produit à l'appui de la demande d'intervention de l'ACDA. Les questions constitutionnelles que le Juge en chef a formulées en l'espèce se limitent à la compétence fédérale en matière de droit criminel et rien n'y indique que la question

would give notice that POGG would be in issue. It can be assumed that the various Attorneys General based their decisions to intervene or not to intervene on the constitutional questions as framed. It is possible that their decisions would have been different had the POGG been put in issue in the constitutional questions. In any event, to introduce the issue without amending the constitutional questions would contravene this Court's rules with respect to constitutional questions, the main purpose of which is to give notice to Attorneys General as to the constitutional issue which the Court is asked to decide.

CARAL alleges that the challenged arguments are responsive to arguments raised by the appellant. The appellant argues (at paragraphs 77-78 of its factum in the appeal) that the impugned legislation is *intra vires* the province pursuant to the province's jurisdiction over health as a purely local and private matter. CARAL responds to this argument by saying that abortion as a health issue is not purely local and private but has a national dimension bringing it within POGG. The respondent, however, addresses this issue. He also disputes that the matter relates to a purely local and private matter and says that it is of national proportions. He has not, however, invoked POGG and does not attack the legislation on this basis. An intervenor cannot introduce a new issue on the ground that it is a response to an argument made by the appellant if the respondent has chosen not to raise the issue.

There will be no costs on the motion.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement sera soulevée. On peut présumer que les divers procureurs généraux ont fondé leur décision d'intervenir ou non sur la question constitutionnelle telle que formulée. Ils auraient peut-être pris une décision différente si la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement avait été soulevée dans les questions constitutionnelles. De toute façon, soulever cette question sans modifier les questions constitutionnelles contreviendrait aux règles de notre Cour en la matière, dont l'objet principal est d'aviser les procureurs généraux de la question constitutionnelle qu'on demande à la Cour de trancher.

L'ACDA soutient que les arguments contestés répondent aux arguments de l'appelante. L'appelante fait valoir (aux paragraphes 77 et 78 du mémoire qu'elle a produit dans le cadre du présent pourvoi) que la mesure législative attaquée relève des pouvoirs de la province, en vertu de la compétence qu'elle possède dans le domaine de la santé en tant que matière d'une nature purement locale et privée. L'ACDA répond à cela que l'avortement, en tant que question touchant à la santé, n'est pas une question de nature purement locale et privée, mais comporte une dimension nationale qui la fait relever de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement. Cependant, l'intimé aborde cette question. Il conteste également que la question touche à une matière de nature purement locale et privée, en affirmant qu'elle a une dimension nationale. Cependant, il n'a pas invoqué la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement et il ne s'en sert pas pour attaquer la mesure législative en cause. Un intervenant ne saurait soulever une nouvelle question pour le motif qu'elle constitue une réponse à un argument de l'appelant, si l'intimé n'a pas choisi de soulever cette question.

Il n'y aura pas d'adjudication de dépens relativement à cette requête.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Solicitors for the intervener Canadian Abortion Rights Action League (CARAL): Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour le droit à l'avortement (ACDA): Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitors for the respondent: Buchan, Derrick & Ring, Halifax.

Procureurs de l'intimé: Buchan, Derrick & Ring, Halifax.

Roderick Pitt *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PITT

File No.: 23082.

1993: February 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Charge to jury — Sexual assault — Consent — Trial judge adequately instructing jury as to force vitiating consent.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 16 W.C.B. (2d) 508, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of sexual assault. Appeal dismissed, Major J. dissenting.

Philip Zylberberg, for the appellant.*Michal Fairburn*, for the respondent.

The judgment of Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered orally by

GONTHIER J.—This appeal comes to us as of right by reason of a dissent in the Court of Appeal on the sole issue of the adequacy of the judge's charge as to force vitiating consent in a case of alleged sexual assault. The trial judge instructed the jury, even if briefly, as to the necessity of a nexus between the force applied and the consent. We are of the view, Justice Major dissenting, that the instructions read as a whole contain no error. The appeal is dismissed.

Roderick Pitt *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. PITT

^b N^o du greffe: 23082.

1993: 22 février.

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

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO*Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Agres- sion sexuelle — Consentement — Directives adéquates données au jury par le juge du procès quant à la force nécessaire pour rendre nul le consentement.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 16 W.C.B. (2d) 508, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé à l'encontre de sa déclaration de culpabilité relative à une accusation d'agression sexuelle. Pourvoi rejeté, le juge Major est dissident.

^f *Philip Zylberberg*, pour l'appellant.*Michal Fairburn*, pour l'intimée.

^g Version française du jugement des juges Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci rendu oralement par

^h LE JUGE GONTHIER—Ce pourvoi est formé de plein droit devant nous en raison d'une dissidence en Cour d'appel sur la seule question du caractère adéquat de l'exposé du juge quant à la force nécessaire pour rendre nul le consentement dans un cas d'allégation d'agression sexuelle. Le juge du procès a donné des directives au jury, même si elles étaient brèves, sur la nécessité d'un lien entre la force utilisée et le consentement. Nous sommes d'avis, avec dissidence de la part du juge Major, que, dans l'ensemble, les directives données ne contiennent aucune erreur. Le pourvoi est rejeté.

The following are the reasons delivered orally by

MAJOR J. (dissenting)—In my opinion, the instructions of the trial judge to the jury conveyed the direction that there can be force without physical violence, that, in effect, if the accused touched C. B., that was sufficient to prove force. Coming, as it did, early in the charge, I conclude, as did Austin J. (*ad hoc*), that the verdict would not necessarily have been the same had this not occurred.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Philip Zylberberg, Sudbury.

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

Version française des motifs rendus oralement par

LE JUGE MAJOR (dissident)—À mon avis, l'exposé du juge du procès au jury comportait la directive voulant qu'il puisse y avoir force sans violence physique et qu'en fait si l'accusé a touché C. B., cela suffisait pour établir qu'une force avait été exercée. Comme cette directive a été donnée au début de l'exposé, je conclus, à l'instar du juge Austin (*ad hoc*), que le verdict n'aurait pas été nécessairement le même si cela ne s'était pas produit.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appellant: Philip Zylberberg, Sudbury.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Ronald Nathaniel Alkerton *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ALKERTON

File No.: 23071.

1993: February 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Procedure — Jury — Judge exhorting jury to come to verdict — Whether Court of Appeal correctly finding trial judge's exhortation to be in error.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 8 O.R. (3d) 443, 55 O.A.C. 368, 72 C.C.C. (3d) 184, 16 W.C.B. (2d) 57, allowing an appeal from acquittal by Tobias Dist. Ct. J. (sitting with jury) and ordering a new trial. Appeal dismissed.

The judgment of the Court was delivered orally by

GONTHIER J.—This appeal comes to us as of right and requests that the order of the Court of Appeal for a new trial be quashed and the verdict of acquittal restored. We are all in substantial agreement with the Court of Appeal. The appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Nakatsuru & Doucette, Toronto.

Solicitors for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Ronald Nathaniel Alkerton *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ALKERTON

N° du greffe: 23071.

^b 1993: 22 février.

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

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO*Droit criminel — Procédure — Jury — Juge exhortant le jury à en arriver à un verdict — La Cour d'appel a-t-elle eu raison de conclure que l'exhortation du juge du procès était erronée?*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 8 O.R. (3d) 443, 55 O.A.C. 368, 72 C.C.C. (3d) 184, 16 W.C.B. (2d) 57, qui a accueilli l'appel interjeté contre le verdict d'acquittement prononcé par le juge Tobias de la Cour de district (siégeant avec jury), et a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

^f Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^g LE JUGE GONTHIER—Dans ce pourvoi formé de plein droit devant nous, on demande à la Cour d'annuler l'ordonnance de nouveau procès rendue par la Cour d'appel et de rétablir le verdict d'acquittement. Nous sommes tous d'accord, pour l'essentiel, avec la Cour d'appel. Le pourvoi est donc rejeté.

*Jugement en conséquence.*ⁱ *Procureurs de l'appellant: Nakatsuru & Doucette, Toronto.*

Procureurs de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

P. (J.) Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. P. (J.)

File No.: 22901.

1993: February 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Evidence — Children — Exceptions to hearsay rule — Capacity of children to testify — Whether trial judge erred in failing to inquire into three-year-old child's capacity to testify before admitting mother's hearsay evidence — Whether conviction should nonetheless be upheld — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii). f

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1992), 13 C.R. (4th) 79, 74 C.C.C. (3d) 276, dismissing the accused's appeal from his conviction by Judge Morier on a charge of sexual assault. Appeal dismissed.

Richard Shadley and Jean Villeneuve, for the appellant.

Lori Renée Weitzmann, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MCLACHLIN J.—This is an appeal as of right. Assuming without deciding that the trial judge erred in failing to inquire into the capacity of the child to testify, we are all of the view that the evidence is such that this is a proper case for the

P. (J.) Appelant

c.

^a **Sa Majesté la Reine Intimée**

RÉPERTORIÉ: R. c. P. (J.)

^b N° du greffe: 22901.

1993: 24 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^d *Droit criminel — Preuve — Enfants — Exceptions à l'exclusion du oui-dire — Capacité de témoigner des enfants — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant de vérifier si une enfant de trois ans était apte à témoigner avant d'admettre la preuve par oui-dire de la mère? — La déclaration de culpabilité devrait-elle ^e quand même être maintenue? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).*

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii). f

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1992), 13 C.R. (4th) 79, 74 C.C.C. (3d) 276, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée par le juge Morier. Pourvoi rejeté.

^h *Richard Shadley et Jean Villeneuve, pour l'appellant.*

Lori Renée Weitzmann, pour l'intimée.

ⁱ Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE MCLACHLIN—Ce pourvoi est formé de plein droit. À supposer sans en décider que le juge du procès a commis une erreur en s'abstenant de vérifier si l'enfant était apte à témoigner, nous étions tous d'avis que, selon la preuve, la présente

application of the provision in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Shadley, Melançon & Boro, Montréal.

Solicitor for the respondent: Lori Renée Weitzmann, Montréal.

affaire se prête à l'application du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*.

Jugement en conséquence.

^a *Procureurs de l'appellant: Shadley, Melançon & Boro, Montréal.*

Procureur de l'intimée: Lori Renée Weitzmann,
^b *Montréal.*

Syndicat des employés professionnels de l'Université du Québec à Trois-Rivières *Appellant*

v.

Université du Québec à Trois-Rivières *Respondent*

and

Alain Larocque *Mis en cause*

and

Claude-Élizabeth Perreault and Céline Guilbert *Mis en cause*

INDEXED AS: UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À TROIS-RIVIÈRES v. LAROCQUE

File No.: 22146.

1992: November 30; 1993: February 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour relations — Judicial review — Excess of jurisdiction — Arbitration — Dismissal due to lack of funds — Whether refusal by arbitrator to admit relevant and admissible evidence necessarily a breach of rules of natural justice — New arbitration before another arbitrator.

Pursuant to an agreement between the respondent University and the Government of Quebec to conduct research, the University hired two research assistants for a period of 14 months. Before the end of that period, they were advised that "as the result of a lack of funds" the University was forced to terminate their contracts. The employees filed grievances challenging this decision. At the hearing, the University sought to introduce evidence that the employees had done their work badly and that it was accordingly necessary to hire from the research funds provided for in the agreement another experienced person who would be able to redo the work already done. It was this additional expenditure which,

Syndicat des employés professionnels de l'Université du Québec à Trois-Rivières *Appelant*

a

c.

Université du Québec à Trois-Rivières *Intimée*

b

et

Alain Larocque *Mis en cause*

c

et

Claude-Élizabeth Perreault et Céline Guilbert *Mises en cause*

d

RÉPERTORIÉ: UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À TROIS-RIVIÈRES c. LAROCQUE

N° du greffe: 22146.

e

1992: 30 novembre; 1993: 25 février.

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

f

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Relations de travail — Contrôle judiciaire — Excès de compétence — Arbitrage — Congédiement dû à un manque de fonds — Est-ce que le refus de l'arbitre d'admettre une preuve pertinente et admissible constitue nécessairement une violation des principes de justice naturelle? — Nouvel arbitrage devant un autre arbitre.

À la suite d'une entente entre l'Université intimée et le gouvernement du Québec pour la réalisation d'une recherche, l'Université a engagé deux auxiliaires de recherche pour une période de 14 mois. Avant la fin de cette période, elles ont été avisées que «suite à un manque de fonds» l'Université était dans l'obligation de mettre fin à leurs contrats. Par voie de griefs, les employées ont contesté cette décision. Lors de l'audition, l'Université a cherché à mettre en preuve que les employées avaient mal fait leur travail et qu'il avait donc fallu engager, sur les fonds de recherche prévus à l'entente, une autre personne expérimentée capable de reprendre le travail déjà effectué. C'est ce déboursé sup-

according to the University, had led to the shortage of funds to pay the employees. The appellant union objected to this evidence and argued that the University was trying to alter the grounds relied on in the notices of termination of employment. The arbitrator allowed the objection. He subsequently allowed the grievances and ordered the University to pay the employees their full salaries. The arbitrator stated that when the University referred to a lack of funds, it could only mean funds of the University, with which the employees had entered into a contract. He concluded that the University had not discharged its burden of proving the lack of funds and that accordingly there was no cause for interrupting the contracts. He added that even if there had been a lack of funds, that lack could not be a valid reason for breaching a term contract, since this was a cause which was not within the employee's control, but "due to an agreement made between the University and a third party". The Superior Court allowed the motion in evocation submitted by the University, concluding that the arbitrator had exceeded his jurisdiction by refusing to hear relevant and admissible evidence. The court noted that the arbitrator had confined his ruling to the contractual relationship between the University and the employees in deciding on the merits of the grievance and had refused to hear the evidence that the reason the University lacked funds was precisely the poor quality of the work done by the employees. The court ordered that a new arbitration be held before another arbitrator. The Court of Appeal, in a majority decision, affirmed this judgment. This appeal is primarily to determine whether the refusal by a grievance arbitrator to admit evidence is a decision subject to judicial review.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Iacobucci JJ.: The grievance arbitrator has jurisdiction to define the scope of the issue presented to him, and in this regard only a patently unreasonable error or a breach of natural justice can constitute an excess of jurisdiction and give rise to judicial review. The necessary corollary of this jurisdiction of the arbitrator is his exclusive jurisdiction then to conduct the proceedings, and he may *inter alia* choose to admit only the evidence he considers relevant to the case as he has chosen to define it. The arbitrator's exclusive jurisdiction to define the scope of the case is not a jurisdictional question.

An arbitrator does not necessarily commit a breach of the rules of natural justice, and therefore an excess of

plémentaire qui aurait occasionné, selon l'Université, le manque de fonds pour payer les employées. Le syndicat appelant s'est opposé à cette preuve et a soutenu que l'Université tentait de modifier le motif invoqué dans les avis de cessation d'emploi. L'arbitre a accueilli l'objection. Il a par la suite accueilli les griefs et ordonné à l'Université de payer aux employées leur plein salaire. L'arbitre a affirmé que lorsque l'Université fait mention du manque de fonds, il ne saurait s'agir d'autres fonds que ceux de l'Université avec laquelle les employées ont contracté. Il a conclu que l'Université ne s'était pas acquittée de son fardeau de prouver le manque de fonds et qu'il n'existait par conséquent pas de cause justifiant l'interruption des contrats. Il a également ajouté que même s'il y avait eu manque de fonds, ce manque de fonds ne saurait constituer une raison valable pour la rupture d'un contrat à durée déterminée, puisque c'est une cause qui ne relève pas du fait de l'employée, mais d'une «entente intervenue entre l'Université et un tiers». La Cour supérieure a accueilli la requête en évocation présentée par l'Université, concluant que l'arbitre avait excédé sa compétence en refusant d'entendre une preuve pertinente et admissible. La cour a souligné que l'arbitre s'était limité à la relation contractuelle entre l'Université et les employées pour décider du fond du grief et qu'il avait refusé d'entendre la preuve que l'Université manquait de fonds justement à cause de la piètre qualité du travail fourni par les employées. La cour a ordonné la tenue d'un nouvel arbitrage devant un autre arbitre. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé ce jugement. Le présent pourvoi vise principalement à déterminer si le refus d'un arbitre de griefs d'admettre une preuve est une décision sujette au contrôle judiciaire.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et Iacobucci: L'arbitre de griefs a compétence pour délimiter le cadre du litige qui lui est soumis et, à cet égard, seule une erreur manifestement déraisonnable ou une violation de la justice naturelle peut constituer un excès de compétence et donner ouverture au contrôle judiciaire. Cette compétence de l'arbitre a nécessairement pour corollaire sa compétence exclusive pour ensuite diriger le débat et il peut, entre autres, choisir de n'admettre que la preuve qu'il estime pertinente à l'égard du litige tel qu'il a choisi de le délimiter. La compétence exclusive de l'arbitre sur la délimitation du cadre du litige n'est pas une question d'ordre juridictionnel.

Un arbitre ne commet pas forcément une violation des règles de justice naturelle, et donc un excès de compé-

jurisdiction, when he erroneously decides to exclude relevant evidence. The arbitrator is in a privileged position to assess the relevance of evidence presented to him and it is not desirable for the courts, in the guise of protecting the right of parties to be heard, to substitute their own assessment of the evidence for that of the arbitrator. An arbitrator commits an excess of jurisdiction, however, if his erroneous decision to reject relevant evidence has such an impact on the fairness of the proceeding that it can only be concluded that there has been a breach of the rules of natural justice.

In this case, the Superior Court was justified in exercising its review power and ordering a new arbitration hearing. By refusing to admit evidence presented by the University, the arbitrator infringed the rules of natural justice. In the context of a hearing involving a dismissal due to a lack of funds, such evidence was crucial. Its purpose was to establish the cause of the lack of funds. The arbitrator added, moreover, that even if there had been a lack of funds, that lack could not be a valid reason for breaking a term contract, since that was a cause which was not within the employee's control but was due to an "agreement between the University and a third party". He thus recognized the importance of the lack of cause attributable to the employees but found himself in the position of disposing of it without having heard any evidence whatever from the University on the point, and even having expressly refused to hear the evidence which the University sought to present on the point. This quite clearly amounts to a breach of natural justice. The denial of the right to a fair hearing must always render a decision invalid, whether or not it may appear to a reviewing court that the hearing would likely have resulted in a different decision.

The union did not succeed in establishing that the Superior Court had erred in the exercise of its discretion in ordering that the new arbitration be held before another arbitrator. The court was probably of the view that there could quite reasonably be doubt as to the ability of an arbitrator to objectively hear evidence which he already thought was so lacking in significance as to declare it irrelevant.

Per L'Heureux-Dubé J.: Although a reviewing court is held to a high standard of deference toward an administrative tribunal protected by a privative clause, an error on a question of law which goes to jurisdiction will always be reviewable. In this case, the arbitrator had jurisdiction to dispose of the grievances but committed an excess of jurisdiction by refusing to consider the evi-

tence, lorsqu'il décide de façon erronée d'exclure une preuve pertinente. L'arbitre est dans une situation privilégiée pour évaluer la pertinence des preuves qui lui sont soumises et il n'est pas souhaitable que les tribunaux supérieurs, sous prétexte d'assurer le droit des parties d'être entendues, substituent à cet égard leur appréciation à celle de l'arbitre. Un arbitre commet toutefois un excès de compétence si sa décision erronée de rejeter une preuve pertinente a un impact tel sur l'équité du processus que l'on ne pourra que conclure que les règles de justice naturelle ont été violées.

En l'espèce, la Cour supérieure a eu raison d'exercer son pouvoir de révision et d'ordonner un nouvel arbitrage. En refusant les éléments de preuve présentés par l'Université, l'arbitre a enfreint les principes de justice naturelle. Cette preuve, dans le contexte d'un examen qui porte sur un congédiement dû à un manque de fonds, était cruciale. Elle visait à établir la cause de ce manque de fonds. L'arbitre ajoutait d'ailleurs que même s'il y avait eu manque de fonds, ce manque de fonds ne saurait constituer une raison valable pour la rupture d'un contrat à durée déterminée, puisque c'est une cause qui ne relève pas du fait de l'employée, mais d'une «entente intervenue entre l'Université et un tiers». Il reconnaissait donc l'importance de la question de l'absence d'une cause imputable aux employées mais se trouvait à décider de cette question sans avoir entendu quelque preuve que ce soit de la part de l'Université sur cette question, et en ayant même expressément refusé d'entendre la preuve que l'Université cherchait à faire sur ce point. Cela équivaut très certainement à une violation de la justice naturelle. La négation du droit à une audition équitable rend toujours une décision invalide, que la cour qui exerce le contrôle considère ou non que l'audition aurait vraisemblablement amené une décision différente.

Le syndicat n'a pas réussi à démontrer que la Cour supérieure avait commis une erreur dans l'exercice de sa discrétion en ordonnant que la tenue d'un nouvel arbitrage se fasse devant un autre arbitre. La cour était probablement d'avis que l'on peut fort raisonnablement douter de la capacité d'un arbitre à entendre objectivement une preuve qu'il a déjà estimé dépourvue d'intérêt au point de la déclarer non pertinente.

Le juge L'Heureux-Dubé: Bien qu'un tribunal d'examen soit tenu à un haut niveau de déférence face à un tribunal administratif protégé par une clause privative, une erreur sur une question de droit qui va à la compétence est toujours révisable. En l'espèce, l'arbitre avait compétence pour disposer des griefs mais il a commis un excès de compétence en refusant de considérer la

dence presented by the University. That evidence was relevant to the consideration and disposition of the grievances. Refusing to hear relevant and admissible evidence is a breach of the rules of natural justice.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Not followed: *Toronto Newspaper Guild, Local 87 v. Globe Printing Co.*, [1953] 2 S.C.R. 18; **distinguished:** *Roberval Express Ltée v. Transport Drivers, Warehousemen and General Workers Union, Local 106*, [1982] 2 S.C.R. 888; **referred to:** *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Service Employees' International Union, Local 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382.

Statutes and Regulations Cited

Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 100.2 [ad. 1983, c. 22, s. 65].

Authors Cited

Evans, J. M., et al. *Administrative Law*, 3rd ed. Toronto: Emond Montgomery Publications Ltd., 1989.
Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 2, *Le contentieux*, 3^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1991.
Ouellette, Yves. «Aspects de la procédure et de la preuve devant les tribunaux administratifs» (1986), 16 *R.D.U.S.* 819.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1990] R.J.Q. 2183, affirming a judgment of the Superior Court* allowing a motion in evocation. Appeal dismissed.

* *Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque*, Sup. Ct. Trois-Rivières, No. 400-05-000148-875, August 26, 1987 (Lebrun J.).

preuve offerte par l'Université. Cette preuve était pertinente pour l'examen et la disposition des griefs. Le refus d'une preuve pertinente et admissible constitue une violation des règles de justice naturelle.

^a

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt non suivi: *Toronto Newspaper Guild, Local 87 c. Globe Printing Co.*, [1953] 2 R.C.S. 18; **distinction d'avec l'arrêt:** *Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106*, [1982] 2 R.C.S. 888; **arrêts mentionnés:** *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Union internationale des employés des services, local 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382.

^f

Lois et règlements cités

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 100.2 [aj. 1983, ch. 22, art. 65].

^g

Doctrine citée

Evans, J. M., et al. *Administrative Law*, 3rd ed. Toronto: Emond Montgomery Publications Ltd., 1989.
Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 2, *Le contentieux*, 3^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1991.
Ouellette, Yves. «Aspects de la procédure et de la preuve devant les tribunaux administratifs» (1986), 16 *R.D.U.S.* 819.

ⁱ

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1990] R.J.Q. 2183, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure*, qui avait accueilli une requête en évocation. Pourvoi rejeté.

* *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-05-000148-875, le 26 août 1987 (le juge Lebrun).

Pierre Thériault, for the appellant.

Pierre Thériault, pour l'appelant.

Marc St-Pierre and *Louis Masson*, for the respondent.

Marc St-Pierre et *Louis Masson*, pour l'intimée.

English version of the judgment of Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Iacobucci JJ. delivered by

Le jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Gonthier et Iacobucci a été rendu par

LAMER C.J.—

LE JUGE EN CHEF LAMER—

Facts

In October 1985 an agreement was concluded between the Government of Quebec and the respondent Université du Québec à Trois-Rivières whereby research was to be conducted by the respondent by means of questionnaires and interviews. The agreement provided for an initial payment of \$25,000 on the signing of the agreement and a second payment of \$33,000 after the questionnaire and the interview plan were submitted. A committee was set up under the authority of the director of research at the Ministère de l'éducation to provide follow-up on the research. Responsibility for the work was assigned to Professor Jean-Luc Gouvêia, who hired the *mis en cause* Perreault and Guilbert as grant-aided part-time professional research assistants. The date the employment commenced was to be October 15, 1985 and its termination December 15, 1986 [TRANSLATION] "or on notice from the University for cause".

An initial working document prepared by the *mis en cause* was submitted to the follow-up committee on or about April 15, 1986. This presentation was behind the schedule specified in the agreement between the Government and the respondent.

On May 1, 1986 the respondent advised the *mis en cause* by letter that [TRANSLATION] "as the result of a lack of funds" it would be forced to terminate their contract as of April 25, 1986.

A grievance was then filed for each of the *mis en cause* and at the first arbitration hearing, the respondent contended that the arbitrator lacked

Faits

En octobre 1985, une entente est conclue entre le gouvernement du Québec et l'intimée, l'Université du Québec à Trois-Rivières, pour la réalisation d'une recherche par le moyen de questionnaires et d'entrevues. L'entente prévoit un premier versement de 25 000 \$, suite à la signature de l'entente, et un second versement de 33 000 \$ après le dépôt du questionnaire et du schéma d'entrevue. Un comité est mis sur pied, sous l'autorité du directeur de la recherche au ministère de l'Éducation, pour assurer le suivi de la recherche. La responsabilité des travaux est confiée au professeur Jean-Luc Gouvêia qui embauche, comme auxiliaires de recherche professionnelle sous octroi à temps partiel, les mises en cause Perreault et Guilbert. La date du début d'emploi est fixée au 15 octobre 1985 et celle de la fin d'emploi au 15 décembre 1986 «ou sur avis de l'Université pour cause».

Un premier document de travail préparé par les mises en cause est présenté au comité de suivi vers le 15 avril 1986. Cette présentation est en retard sur l'échéancier prévu à l'entente entre le gouvernement et l'intimée.

Le 1^{er} mai 1986, par le biais d'une lettre, l'intimée prévient les mises en cause que «suite à un manque de fonds», l'intimée se voit obligée de mettre fin à leur contrat à compter du 25 avril 1986.

Un grief est alors formulé pour chacune des mises en cause et lors de la première séance d'arbitrage, l'intimée plaide l'absence de compétence de

jurisdiction by alleging that the grievance could not be arbitrated under the collective agreement. This allegation was dismissed by the *mis en cause* arbitrator in a preliminary decision dated December 16, 1986.

In February 1987 the *mis en cause* arbitrator proceeded to hear the grievances on the merits. The respondent then sought to introduce evidence that the two *mis en cause* employees had done their work badly and that, accordingly, in order to meet the schedule agreed on in the contract between the Government and the respondent, it was necessary to hire from the research funds another experienced person who would be able to redo the work done by the *mis en cause* employees in April 1986 and found by the Government's representatives to be of poor quality. It is this additional expenditure which, on the evidence which the respondent sought to present, led to the shortage of funds to pay the two assistants.

The appellant objected to this evidence on the ground that the respondent was trying to add to or alter the grounds relied on in the notices of termination of employment of May 1, 1986. The appellant contended that the respondent wanted to present evidence on the competence of the two *mis en cause* professionals when the sole and exclusive reason given by the respondent for ordering the termination of employment was a lack of funds. The *mis en cause* arbitrator allowed the appellant's objection. On March 19, 1987, he made an award allowing the two grievances and ordering the respondent to pay the *mis en cause* employees their full salary.

The respondent then submitted a motion in evocation to the Superior Court, alleging first that the arbitrator had assumed jurisdiction which he did not have in deciding that the *mis en cause* employees benefited from the grievance procedure laid down in the collective agreement. Alternatively, it argued that the arbitrator had exceeded his jurisdiction by not admitting evidence of the lack of competence of the two *mis en cause* employees. The Superior Court allowed the motion, rejecting the respondent's arguments as to the arbitrator's jurisdiction to hear the grievances but finding that

l'arbitre en alléguant que le grief n'était pas arbitral aux termes de la convention collective. Cette prétention est rejetée par l'arbitre mis en cause dans une décision préliminaire en date du 16 décembre 1986.

En février 1987, l'arbitre mis en cause procède à l'audition sur le mérite des griefs. L'intimée cherche alors à mettre en preuve que les deux employées mises en cause ont mal fait leur travail et qu'il a donc fallu, pour rencontrer l'échéancier prévu au contrat entre le gouvernement et l'intimée, engager à même les fonds de recherche une autre personne expérimentée capable de reprendre le travail effectué en avril 1986 par les mises en cause et alors jugé de mauvaise qualité par les représentants du gouvernement. C'est ce déboursé supplémentaire qui aurait occasionné, selon la preuve que cherche à faire l'intimée, le manque de fonds pour payer les deux auxiliaires.

L'appellant s'oppose à cette preuve au motif que l'intimée tente d'ajouter ou de modifier les motifs invoqués dans les avis de cessation d'emploi du 1^{er} mai 1986. L'appellant soutient que l'intimée veut faire une preuve concernant la compétence des deux professionnelles mises en cause alors que le seul et exclusif motif invoqué par l'intimée pour décréter la cessation d'emploi était le manque de fonds. L'arbitre mis en cause accueille l'objection de l'appellant. Le 19 mars 1987, il rend une sentence accueillant les deux griefs et ordonnant à l'intimée de payer aux mises en cause leur plein salaire.

L'intimée présente alors une requête en évocation devant la Cour supérieure alléguant tout d'abord que l'arbitre s'est attribué une compétence qu'il ne possédait pas en décidant que les mises en cause bénéficiaient de la procédure de grief prévue à la convention collective. Subsidièrement, elle prétend que l'arbitre a excédé sa compétence en ne permettant pas la preuve du manque de compétence des deux mises en cause. La Cour supérieure accueille la requête, rejetant les arguments de l'intimée relativement à la compétence de l'arbitre pour entendre les griefs, mais estimant que son

his refusal to hear the evidence offered by the respondent constituted an excess of jurisdiction. It ordered that the case be re-heard before another arbitrator.

refus d'entendre la preuve offerte par l'intimée constituait un excès de compétence. Elle ordonne que la tenue d'un nouvel arbitrage soit faite devant un autre arbitre.

The appellant appealed the part of the judgment vacating the arbitral award and ordering a new arbitration. The respondent then filed a cross-appeal, challenging the other part of the judgment which recognized the arbitrator's jurisdiction to hear the grievances filed by the *mis en cause* employees. On August 21, 1990, the Court of Appeal dismissed the two appeals, Rousseau-Houle J.A. dissenting on the main appeal. The present appeal is from the Court of Appeal's judgment on the main appeal.

L'appelant porte en appel la partie du jugement annulant la sentence arbitrale et ordonnant la tenue d'un nouvel arbitrage. L'intimée interjette alors un appel incident, contestant l'autre partie du jugement qui reconnaissait à l'arbitre la compétence pour disposer des griefs déposés par les mises en cause. Le 21 août 1990, la Cour d'appel rejette les deux appels, le juge Rousseau-Houle étant dissidente quant à l'appel principal. Le présent pourvoi porte sur le jugement de la Cour d'appel relatif à l'appel principal.

Applicable Legislation

Section 100.2 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, reads as follows:

100.2 The arbitrator shall proceed with all dispatch with the inquiry into the grievance and, unless otherwise provided in the collective agreement, in accordance with such procedure and mode of proof as he deems appropriate.

For such purpose, he may, *ex officio*, call the parties to proceed with the hearing of the grievance.

Applicable Provisions of the Collective Agreement

Clauses 2-1.03 (A), 5-1.01 and 5-5.01 of the collective agreement read as follows:

[TRANSLATION]

2-1.03 (A) A supernumerary, temporary, replacement or grant-aided professional is subject to the following provisions:

(5) Hiring, probation, resignation (article 5-1.00), except for clauses 5-1.03, 5-1.04 and 5-1.05.

d Dispositions législatives pertinentes

L'article 100.2 du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, se lit ainsi:

100.2 L'arbitre doit procéder en toute diligence à l'instruction du grief et, sauf disposition contraire de la convention collective, selon la procédure et le mode de preuve qu'il juge appropriés.

À cette fin, il peut, d'office, convoquer les parties pour procéder à l'audition du grief.

Dispositions pertinentes de la convention collective

Les clauses 2-1.03 A), 5-1.01 et 5-5.01 de la convention collective se lisent ainsi:

2-1.03 A) Le professionnel surnuméraire, temporaire, remplaçant ou sous octroi est assujéti aux dispositions suivantes:

5) Engagement, probation, démission (article 5-1.00), à l'exception des clauses 5-1.03, 5-1.04 et 5-1.05

(19) Procedure for the settlement of grievances and disputes and arbitration (chapter 11-0.00) to claim the benefits conferred herein.

5-1.01 All professionals shall be hired by a contract which the personnel branch will deliver to the professional, indicating to him certain of his terms and conditions of employment (group, classification, salary, date of hiring, probation period, probable length of employment in the case of a supernumerary, temporary, replacement, grant-aided or casual professional). A copy of this contract shall be sent to the union when the professional commences his or her employment.

5-5.01 (a) When an act done by a professional leads to disciplinary action the University, depending on the seriousness of the alleged act, shall take one of the following three (3) steps:

- written warning;
- suspension;
- dismissal.

(b) The University shall inform the professional in writing that he or she is subject to disciplinary action within twenty (20) working days of the time the University becomes aware of the offence alleged against him or her: this is a strict time limit and the burden of proof of subsequent knowledge of the facts by the University is on the University.

(c) In all cases in which the University takes disciplinary action, the professional concerned or the Union may have recourse to the grievance and arbitration procedure; the burden of proof that the cause in question is just and sufficient for disciplinary action to be taken is on the University.

(d) In the event that the University wishes to take disciplinary action against a professional, it shall summon the said professional by at least twenty-four (24) hours' written notice; at the same time, the University shall advise the Union that the professional has been summoned.

(e) The notice sent to the professional shall specify the time and place at which he shall attend and the nature of the facts alleged against him. The professional may be accompanied by a union representative.

19) Procédure de règlement des griefs et mécontentes et d'arbitrage (chapitre 11-0.00) pour réclamer les avantages ici conférés.

5-1.01 L'engagement de tout professionnel se fait par contrat que le service du personnel remet au professionnel, l'informant de quelques-unes de ses conditions d'emploi (corps d'emploi, classement, traitement, date d'embauche, durée de probation, durée probable de l'emploi dans le cas d'un professionnel surnuméraire, temporaire, remplaçant, sous octroi ou intermittent). Une copie de ce contrat est transmise au Syndicat lors de l'entrée en fonction du professionnel.

5-5.01 a) Lorsqu'un acte posé par un professionnel entraîne une mesure disciplinaire, l'Université, selon la gravité de l'acte reproché, prend l'une des trois (3) mesures qui suivent:

- l'avertissement écrit;
- la suspension;
- le congédiement.

b) L'Université doit aviser par écrit le professionnel qu'il est sujet à une mesure disciplinaire dans les vingt (20) jours ouvrables de la connaissance par l'Université de l'infraction qu'on lui reproche, ce délai est de déchéance et le fardeau de la preuve de la connaissance ultérieure des faits par l'Université incombe à l'Université.

c) Dans tous les cas où l'Université applique une mesure disciplinaire, le professionnel concerné ou le Syndicat peut recourir à la procédure de grief et d'arbitrage; le fardeau de la preuve que la cause invoquée est juste et suffisante pour appliquer une mesure disciplinaire incombe à l'Université.

d) Dans le cas où l'Université désire imposer une mesure disciplinaire à un professionnel, elle doit convoquer ledit professionnel par un avis écrit d'au moins vingt-quatre (24) heures; au même moment, l'Université avise le Syndicat que ce professionnel a été convoqué.

e) Le préavis adressé au professionnel doit spécifier l'heure et l'endroit où il doit se présenter et la nature des faits qui lui sont reprochés. Le professionnel peut être accompagné d'un représentant du Syndicat.

Judgments*Arbitration Tribunal—Preliminary Decision*

In the preliminary decision of December 16, 1986 the arbitrator held that he had total, absolute and exclusive jurisdiction to hear and decide the grievances presented by the complainants. He accordingly dismissed the objection made by counsel for the University that the dismissal of the grant-aided professionals was not subject to arbitration. The arbitrator pointed out that clause 2-1.03 (A) of the collective agreement, governing grant-aided professionals, makes them subject to the grievance procedure in claiming the benefits conferred by the collective agreement. Clause 5-1.01 provides that the hiring of any professional shall be by contract and that this contract shall specify, *inter alia*, the group, classification, salary, date of hiring, probation period and probable length of the employment in the case of a grant-aided professional. According to the arbitrator, it follows that if there is disagreement as to the interpretation or application of any of the provisions of the hiring contract, that disagreement is a grievance within the meaning of the Act and the collective agreement. The arbitrator stated that the contrary solution, namely referring complainants to proceedings in the ordinary courts of law, would be contrary to the manifest intention of the legislature that all grievances be subject to arbitration. This solution would also, the arbitrator concluded, be contrary to the spirit of the Supreme Court decision in *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704. Finally, the arbitrator stated that there would have to be a very clear provision to exempt a privilege conferred under a collective labour agreement from the arbitration mechanism provided for in the event of a dispute.

Arbitration Tribunal—Decision on the Merits

In his decision on the merits of the grievances rendered on March 19, 1987, the arbitrator first stated that when the University referred to a lack of funds, it could only mean funds of the employer, the Université du Québec à Trois-Rivières, with which the complainants had entered

Jugements*Tribunal d'arbitrage—décision préliminaire*

Dans la décision préliminaire du 16 décembre 1986, l'arbitre a jugé qu'il avait juridiction totale, absolue et exclusive pour entendre et décider des griefs soulevés par les plaignantes. Il a donc rejeté l'objection formulée par le procureur de l'Université, à l'effet que le congédiement des professionnels sous octroi n'était pas arbitral. L'arbitre a rappelé que la clause 2-1.03 A) de la convention collective, qui régit les professionnels sous octroi, les assujettit à la procédure de griefs pour réclamer les avantages prévus à la convention collective. Or, la clause 5-1.01 prévoit que l'engagement de tout professionnel se fait par contrat et que ce contrat doit préciser, entre autres éléments, le corps d'emploi, le classement, le traitement, la date d'embauche, la durée de probation et la durée probable de l'emploi dans le cas d'un professionnel sous octroi. Selon l'arbitre, il s'ensuit que si un désaccord d'interprétation ou d'application survient quant à l'un ou l'autre des éléments figurant au contrat d'engagement, ce désaccord est un grief au sens de la loi et de la convention collective. L'arbitre a affirmé que la solution contraire, c'est-à-dire, le fait de renvoyer les plaignantes se pourvoir devant les tribunaux de droit commun, irait à l'encontre de la volonté manifeste du législateur que tout grief soit soumis à l'arbitrage. Cette solution irait également à l'encontre, selon l'arbitre, de l'esprit de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704. L'arbitre a enfin affirmé qu'il aurait fallu une disposition très claire afin de soustraire un privilège conféré dans le cadre d'un contrat collectif de travail au mécanisme d'arbitrage prévu en cas de litige.

Tribunal d'arbitrage—décision au fond

Dans sa décision sur le fond des griefs rendue le 19 mars 1987, l'arbitre a d'abord affirmé que lorsque l'Université fait référence au manque de fonds, il ne saurait s'agir d'autres fonds que ceux de l'employeur, l'Université du Québec à Trois-Rivières, avec laquelle les plaignantes ont con-

into a contract. He noted that the University had the burden of establishing the lack of funds, and found that the University had not succeeded in showing that it lacked funds to pay the two employees up to the date of termination provided for in the contract. He observed that there was no evidence that the Government had broken its contract with the University and indicated that the University was under no obligation to offer 14-month contracts. He concluded that the University had not discharged its burden of proving the lack of funds and that accordingly there was no cause for interrupting the contracts.

The arbitrator added that even if there had been a lack of funds, that lack could not be a valid reason for breaching a term contract, since [TRANSLATION] “[i]t is a cause which is not within the employee’s control, but is due to an agreement between the University and a third party”. He stated that, in cases of dismissal for cause in the context of term contracts, the authors and cases require that the employer establish a breach of an essential condition of the contract of employment, a breach for which the employee is responsible. This is why he found that a [TRANSLATION] “. . . fact beyond the employee’s control, such as the non-payment of money by a third party to the employer, and indeed the employer’s poor economic situation, cannot be a cause for the breach of a contract of employment that relieves the employer of its obligations”.

Superior Court

On the question of the arbitrator’s jurisdiction Lebrun J., after recalling the principles set out by the Supreme Court in *St. Anne Nackawic Pulp & Paper, supra*, and listing the provisions of the collective agreement in effect between the parties and applicable to the complainants, held that:

[TRANSLATION] In deciding to hear the grievance, the respondent arbitrator applied what I would call the presumption that a grievance is arbitrable when, as here, everything tends to show that the individual contract of the parties is clearly subject to the provisions of the collective agreement and therefore to the arbitration mechanisms provided for therein.

tracté. Il a rappelé que l’Université avait le fardeau de démontrer le manque de fonds, et a jugé que l’Université n’avait pas réussi à établir qu’elle manquait de fonds pour payer les deux salariées jusqu’au terme prévu au contrat. Il a noté qu’il n’existait pas de preuve à l’effet que le gouvernement avait rompu son contrat avec l’Université et a indiqué que rien n’obligeait l’Université à offrir des contrats de 14 mois. Il a conclu que l’Université ne s’était pas acquittée de son fardeau de prouver le manque de fonds et qu’il n’existait par conséquent pas de cause justifiant l’interruption des contrats.

L’arbitre a ajouté que même s’il y avait eu un manque de fonds, ce manque de fonds ne saurait constituer une raison valable pour la rupture d’un contrat à durée déterminée, puisque «[c]’est une cause qui ne relève pas du fait de l’employé, mais d’entente intervenue entre l’Université et un tiers». Il a affirmé que la doctrine et la jurisprudence exigent, en matière de congédiement pour cause dans le cas de contrats à durée déterminée, que l’employeur démontre la violation d’une condition essentielle du contrat de travail, violation qui doit relever du fait de l’employé. C’est pourquoi il a décidé qu’un «. . . fait indépendant de la volonté de l’employé, comme le non versement des argentés d’un tiers à l’employeur, voire la mauvaise situation économique de l’employeur, ne saurait constituer une cause de rupture du contrat de travail qui libère l’employeur de ses obligations».

Cour supérieure

En ce qui a trait à la question de la compétence de l’arbitre, le juge Lebrun, après avoir rappelé les principes élaborés par la Cour suprême dans l’arrêt *St. Anne Nackawic Pulp & Paper*, précité, et énuméré les dispositions de la convention collective en vigueur entre les parties applicables aux plaignantes, a décidé que:

En décidant de se saisir du grief, l’arbitre intimé a appliqué ce que j’appellerais la présomption d’arbitrabilité d’un grief lorsque, comme en l’espèce, tout concourt à établir que le contrat individuel des parties est clairement sujet aux dispositions de la convention collective et partant aux mécanismes d’arbitrage y prévus.

However, Lebrun J. accepted the respondent's alternative argument. Referring to the arbitral award, he noted that the arbitrator had confined his ruling to the contractual relationship between the respondent and the *mis en cause* employees in deciding on the merits of the grievance and had refused to hear the evidence that the reason the respondent lacked funds was precisely the poor quality of the work done by the *mis en cause* employees. Accordingly, he was of the view that:

[TRANSLATION] On the one hand, by blaming [the respondent] for not establishing that the cause of dismissal was something for which the *mis en cause* employees were responsible, and on the other, by denying [the respondent] the opportunity to establish that very fact based on a narrow interpretation of the "cause" of dismissal, the [*mis en cause*] arbitrator was refusing to hear admissible and relevant evidence

Relying on the Supreme Court judgment in *Roberval Express Ltée v. Transport Drivers, Warehousemen and General Workers Union, Local 106*, [1982] 2 S.C.R. 888, the judge concluded that the arbitrator had exceeded his jurisdiction by refusing to hear relevant and admissible evidence.

Court of Appeal, [1990] R.J.Q. 2183

Baudouin J.A.

On the question of the arbitrator's jurisdiction, Baudouin J.A. agreed that the relevant provisions of the collective agreement were not [TRANSLATION] "crystal clear". However, he held that this document should be read as a whole and its purposes taken into account. He also referred to the general philosophy of Quebec labour law and concluded that the arbitrator had jurisdiction to decide the two grievances and so had not arrogated to himself jurisdiction exercisable only by the ordinary courts of law.

On the second issue, Baudouin J.A., for the majority, upheld the Superior Court's decision that the arbitrator had exceeded his jurisdiction. Noting first that the Superior Court had found in the respondent's favour mainly owing to the fact that

Le juge Lebrun a cependant accepté l'argument subsidiaire de l'intimée. Référant à la sentence arbitrale, il a souligné que l'arbitre s'était limité à la relation contractuelle entre l'intimée et les mises en cause pour décider du fond du grief et qu'il avait refusé d'entendre la preuve que l'intimée manquait de fonds justement à cause de la piètre qualité du travail fourni par les mises en cause. Par conséquent, il était d'avis que:

D'une part en reprochant à [l'intimée] de ne pas avoir fait la preuve que la cause du congédiement était le fait des employées mises en cause et d'autre part, en refusant à [l'intimée] de précisément faire cette preuve en se fondant sur une interprétation étroite de la «cause» du congédiement, l'arbitre [mis en cause] a alors refusé d'entendre une preuve admissible et pertinente. . .

S'appuyant sur l'arrêt de la Cour suprême dans *Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106*, [1982] 2 R.C.S. 888, le juge a conclu que l'arbitre avait excédé sa compétence en refusant d'entendre une preuve pertinente et admissible.

Cour d'appel, [1990] R.J.Q. 2183

Le juge Baudouin

Sur la question de la compétence de l'arbitre, le juge Baudouin a convenu que les dispositions de la convention collective pertinentes n'étaient pas d'une «lumineuse clarté». Il a toutefois jugé que ce document devait être interprété comme un tout en tenant compte des buts qu'il poursuit. Il s'est également référé à la philosophie générale du droit du travail québécois pour conclure que l'arbitre avait compétence pour décider des deux griefs et ne s'était par conséquent pas attribué une compétence qui n'appartient qu'aux tribunaux de droit commun.

En ce qui concerne la deuxième question en litige, le juge Baudouin, pour la majorité, a confirmé la décision de la Cour supérieure à l'effet que l'arbitre avait excédé sa compétence. Soulignant d'abord que la Cour supérieure avait conclu

the arbitrator had not observed the *audi alteram partem* rule, the judge went on to say (at p. 2187):

[TRANSLATION] With all due respect, it does not seem to me that that resolves the problem. It is still necessary to determine whether this evidence was relevant and admissible. There does not seem to be any doubt as to the relevance of the evidence, since it seeks to establish that the need to terminate the employment before the time specified was caused by what the two research assistants themselves did. I am of the view that its admissibility results from the very interpretation of the collective agreement between the parties. No provision is to be found in that agreement requiring the employer in cases of grant-aided professionals . . . to give the facts or reasons behind the dismissal. On the contrary, article 2-1.03 expressly excludes the application to this class of employees of clause 5-5.01 requiring the employer to do that. The university accordingly had no contractual obligation to give in writing the specific reasons for terminating the employment, subject to not being able to rely on them in the event of arbitration. The allegation of lack of funds was sufficient. Evidence of the reasons for this lack of funds was nonetheless not irrelevant or inadmissible.

Rousseau-Houle J.A. (dissenting on the main appeal)

Rousseau-Houle J.A. concurred with the reasons of Baudouin J.A. regarding the arbitrator's jurisdiction. However, she was of the view that the arbitrator had not exceeded his jurisdiction in not admitting evidence of the poor quality of the work done by the *mis en cause* employees.

Rousseau-Houle J.A. held that under s. 100.2 of the *Labour Code*, it is up to the arbitrator to decide on the relevance and admissibility of the evidence the parties intend to submit. His decisions are thus subject to judicial review only if there is a breach of natural justice or patently unreasonable error.

The judge considered that the respondent had been allowed to present argument on the lack of funds and that it had only been prevented from establishing another ground of dismissal, namely the incompetence of the research assistants, a

en faveur de l'intimée principalement en raison du fait que l'arbitre n'avait pas respecté la règle *audi alteram partem*, le juge a ajouté (à la p. 2187):

Le problème, en tout respect, ne me semble pas résolu pour autant. Encore faut-il déterminer si cette preuve était pertinente et admissible. La pertinence de cette preuve ne me paraît pas faire de doute puisqu'elle vise à démontrer que la nécessité de la cessation d'emploi, avant le terme fixé, a été causée par le fait même des deux auxiliaires de recherche. Quant à son admissibilité, je suis d'avis qu'elle résulte de l'interprétation même de la convention collective liant les parties. On ne trouve, en effet, dans celle-ci aucune disposition qui oblige l'employeur dans le cas des professionnels sous octroi [. . .] à donner les faits ou les motifs à l'origine du congédiement. Bien au contraire, l'article 2-1.03 exclut explicitement l'application à cette catégorie d'employés de la clause 5-5.01 qui oblige l'employeur à le faire. L'université n'avait donc aucune obligation conventionnelle de donner par écrit les motifs précis à l'origine de la cessation d'emploi, sous peine de ne pouvoir les invoquer en arbitrage. L'allégation du manque de fonds était suffisante. La preuve des raisons de ce manque de fonds n'était pas pour autant non pertinente et inadmissible.

Le juge Rousseau-Houle (dissidente quant à l'appel principal)

Le juge Rousseau-Houle était d'accord avec les motifs du juge Baudouin concernant la compétence de l'arbitre. Elle a toutefois considéré qu'en ne permettant pas la preuve relative à la piètre qualité du travail des employées mises en cause, l'arbitre n'avait pas excédé sa compétence.

Le juge Rousseau-Houle a précisé que selon l'art. 100.2 du *Code du travail*, c'est à l'arbitre qu'il revient de décider de la pertinence et de l'admissibilité de la preuve que les parties entendent soumettre. Ses décisions ne sont donc sujettes au contrôle judiciaire qu'en cas de violation de la justice naturelle ou d'erreur manifestement déraisonnable.

Le juge a considéré que l'intimée avait eu le droit de faire valoir ses moyens quant au manque de fonds et qu'elle avait uniquement été empêchée de faire la preuve d'un autre motif de congédiement, à savoir, l'incompétence des auxiliaires de

ground which it had not mentioned in the employment termination notices.

Bearing in mind the limited purpose of the arbitrator's jurisdiction, namely to hear and decide the grievance before him, the judge was of the view that the arbitrator [TRANSLATION] "may consider the notion of relevance of the evidence more narrowly than a judge would when hearing witnesses" (p. 2188). She noted that the dispute submitted to the arbitrator here concerned the probable length of the contracts hiring the two *mis en cause* employees and the reason given by the respondent for terminating them.

The judge considered that the arbitrator's decision to refuse to admit the evidence on the ground that the respondent was actually trying to prove a cause of dismissal not mentioned in the notices was not unreasonable. She went on to say (at p. 2189):

[TRANSLATION] That decision does not seem arbitrary or illogical to me either, since it was a necessary part of determining the point at issue and noted that there was not really an adequate connection between that point and the evidence presented.

In adopting a strict interpretation of the cause of dismissal, rather than granting an adjournment or admitting the evidence under advisement, the arbitrator did not exercise his jurisdiction unreasonably.

The judge further held that the arbitrator's refusal to allow the evidence also should not be regarded as a refusal to exercise his jurisdiction contrary to the rules of natural justice, since it is only a refusal to hear relevant and admissible evidence which constitutes an excess of jurisdiction. She felt that the respondent here had had an opportunity to put forward evidence regarding the lack of funds. She noted that the arbitrator had to reconcile the demands of the decision-making process with the rights of all parties and pointed out that the *audi alteram partem* rule was intended essentially to give the parties a reasonable opportunity to respond to the evidence presented against them.

recherche, motif qu'elle n'avait pas invoqué aux avis de cessation d'emploi.

Étant donné l'objet limité de la compétence de l'arbitre, à savoir, entendre et trancher le grief dont il est saisi, le juge était d'avis que l'arbitre «peut apprécier la notion de pertinence de la preuve d'une façon plus restrictive que ne le ferait un juge lors de l'audition des témoins» (p. 2188). Elle a rappelé que la contestation soumise à l'arbitre concernait ici la durée probable des contrats d'engagement des deux employées mises en cause et la raison invoquée par l'intimée pour y mettre fin.

Le juge a estimé que la décision de l'arbitre de refuser d'admettre la preuve, au motif que l'intimée tentait en réalité de prouver une cause de congédiement non invoquée dans les avis, n'était pas déraisonnable. Elle a ajouté (à la p. 2189):

Cette décision ne m'apparaît pas non plus arbitraire et illogique puisqu'elle s'inscrivait dans l'appréciation de la question en litige et constatait l'insuffisance de lien véritable entre cette question et la preuve soumise.

En adoptant une interprétation stricte de la cause du congédiement plutôt qu'en accordant un ajournement ou encore en permettant la preuve sous réserve, l'arbitre n'a pas exercé sa compétence de façon déraisonnable.

Le juge a également décidé que le refus de l'arbitre de permettre la preuve ne devait pas non plus être considéré comme un refus d'exercer sa compétence en violation des règles de justice naturelle, puisque c'est uniquement le refus d'entendre une preuve pertinente et admissible qui constitue un excès de compétence. Or, elle a estimé que l'intimée avait ici eu la possibilité de présenter ses moyens de preuve relativement au manque de fonds. Elle a précisé que l'arbitre avait à concilier les exigences du processus décisionnel avec les droits de toutes les parties et a rappelé que la règle *audi alteram partem* vise essentiellement à donner aux parties une possibilité raisonnable de répliquer à la preuve présentée contre elles.

Issues

Though the appellant formulated six questions, in my opinion this appeal really only raises two. First, it must be determined whether the refusal by a grievance arbitrator to admit evidence is a decision subject to judicial review, and in particular whether the Superior Court was justified in exercising its review power in the case at bar. Secondly, the Court must decide whether the Superior Court erred in ordering that the new arbitration hearing would be before another arbitrator.

Analysis*(a) Refusal to Admit Evidence and Judicial Review*

The question therefore is whether, in deciding not to admit the evidence offered by the respondent, the arbitrator committed an error giving rise to judicial review. In their consideration of this question, Lebrun J. of the Superior Court and Baudouin J.A. speaking for the majority of the Court of Appeal both referred to the following passage from Chouinard J.'s judgment in *Roberval Express, supra*, at p. 904:

Appellant alleged a refusal by the arbitrator to hear admissible and relevant evidence. A refusal to hear admissible and relevant evidence is so clear a case of excess or refusal to exercise jurisdiction that it needs no further comment.

It should be noted, however, that *Roberval Express* did not involve a simple refusal by a grievance arbitrator to hear relevant evidence. The arbitrator, who was to hear four grievances, had refused to hear the first three and heard only the grievance relating to the dismissal of the employee in question. The first three grievances concerned disciplinary action leading up to that dismissal. The employer contended that the dismissal resulted from incidents which gave rise to the disciplinary action, and it was therefore necessary to hear all the grievances at the same time. Accordingly, it attacked the arbitrator not only for not hearing certain evidence, but more importantly, for refusing

Questions en litige

Bien que l'appelant ait formulé six questions, ce pourvoi à mon avis n'en soulève en réalité que deux. Il s'agit en premier lieu de déterminer si le refus d'un arbitre de griefs d'admettre une preuve est une décision sujette au contrôle judiciaire et plus particulièrement de décider si la Cour supérieure a exercé avec raison dans la présente affaire son pouvoir de révision. Il s'agit en deuxième lieu de décider si la Cour supérieure a erré en ordonnant que la tenue du nouvel arbitrage se fasse devant un autre arbitre.

Analyse*a) Refus d'une preuve et contrôle judiciaire*

Il s'agit donc de déterminer si l'arbitre a commis, en décidant de ne pas recevoir les éléments de preuve offerts par l'intimée, une erreur donnant ouverture au contrôle judiciaire. Dans leur examen de cette question, le juge Lebrun de la Cour supérieure et le juge Baudouin exprimant l'opinion de la majorité en Cour d'appel, ont tous deux fait référence au passage suivant de la décision du juge Chouinard dans l'affaire *Roberval Express*, précitée, à la p. 904:

L'appelante allègue le refus de la part de l'arbitre d'entendre une preuve admissible et pertinente. Le refus d'entendre une preuve admissible et pertinente est un cas si net d'excès ou de refus d'exercer sa juridiction qu'il ne nécessite aucune élaboration.

Il faut toutefois rappeler que l'affaire *Roberval Express* ne mettait pas en cause le seul refus par un arbitre de griefs d'entendre une preuve pertinente. L'arbitre, qui devait entendre quatre griefs, avait refusé d'entendre les trois premiers pour n'entendre que le grief relatif au congédiement de l'employé visé. Or, les trois premiers griefs portaient sur des mesures disciplinaires qui avaient précédé ce congédiement. L'employeur prétendait que le congédiement découlait des incidents à l'origine de ces mesures disciplinaires, d'où la nécessité d'entendre en même temps tous les griefs. Il reprochait donc à l'arbitre non seulement de ne pas avoir entendu certaines preuves, mais surtout

to exercise his jurisdiction over three of the grievances presented to him.

When thus seen in their context it is not clear that Chouinard J.'s remarks can be used to dispose of this case. Accordingly, this Court must examine the question presented to it on the basis of the particular circumstances of this case, the arguments made by the parties and the general principles governing judicial review in the field of grievance arbitration.

(i) Determining the Scope of This Case

The appellant first argued that the present appeal actually concerns not the *mis en cause* arbitrator's failure to admit the evidence submitted by the respondent, but the *mis en cause* arbitrator's understanding of the issue presented to him, a question over which the grievance arbitrator has exclusive jurisdiction, free from judicial review except in the case of a patently unreasonable error or a breach of natural justice. In other words, the appellant argued that the exclusion of the evidence resulted here from the *mis en cause* arbitrator's decision to confine himself to the cause mentioned in the notice of dismissal and that that decision could only be reversed once it was shown to be patently unreasonable or a breach of natural justice.

As far as this argument is concerned, in my opinion, there is no doubt that the *mis en cause* arbitrator had complete jurisdiction to define the scope of the issue presented to him, and that in this regard only a patently unreasonable error or a breach of natural justice could give rise to judicial review. The question is in no way one which could be characterized as jurisdictional in nature.

For some years, since the decision of Dickson J. in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, this Court has made an effort to limit the scope of the theory of preliminary questions. In *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R.

d'avoir refusé d'exercer sa compétence en ce qui a trait à trois des griefs qui lui étaient soumis.

Ainsi replacés dans leur contexte, il n'est pas certain que les propos du juge Chouinard permettent de disposer du présent litige. Aussi est-ce en fonction des circonstances particulières de la présente affaire, des arguments soumis par les parties ainsi que des principes généraux gouvernant le contrôle judiciaire dans le domaine de l'arbitrage des griefs, que nous devons examiner la question qui nous est soumise.

(i) La détermination du cadre du litige

L'appellant a d'abord prétendu que l'objet véritable du présent pourvoi n'est pas le défaut par l'arbitre mis en cause d'avoir admis la preuve soumise par l'intimée, mais bien la compréhension par l'arbitre mis en cause du litige qui lui était soumis, question à l'égard de laquelle l'arbitre de griefs dispose d'une compétence exclusive, échappant au contrôle judiciaire sauf en cas d'erreur manifestement déraisonnable ou d'une violation de la justice naturelle. En d'autres termes, l'appellant a prétendu que l'exclusion de la preuve résultait ici de la décision de l'arbitre mis en cause de s'en tenir à la cause invoquée à l'avis de congédiement et que cette décision ne pouvait être renversée qu'une fois établis son caractère manifestement déraisonnable ou une violation de la justice naturelle.

En ce qui a trait à cet argument, il ne fait pas de doute, selon moi, que l'arbitre mis en cause avait pleinement compétence pour délimiter le cadre du litige qui lui était soumis, et qu'à cet égard, seule une erreur manifestement déraisonnable ou une violation de la justice naturelle pouvaient par conséquent donner ouverture au contrôle judiciaire. Il ne s'agit en effet aucunement d'une question qui puisse être qualifiée de question d'ordre juridictionnel.

Depuis quelques années, suite à la décision du juge Dickson dans l'affaire *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, notre Cour s'est appliquée à restreindre la portée de la théorie des questions préliminai-

1048, Beetz J. favoured instead a functional and pragmatic approach to identifying questions of jurisdiction. He said (at p. 1087):

The concept of the preliminary or collateral question diverts the courts from the real problem of judicial review: it substitutes the question "Is this a preliminary or collateral question to the exercise of the tribunal's power?" for the only question which should be asked, "Did the legislator intend the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal?"

Applying this approach to the question of the grievance arbitrator's jurisdiction to define the scope of the issue presented to him, I am unable to conclude that the legislature intended such a matter to be beyond the arbitrator's exclusive jurisdiction. This is especially true in the instant case in that in order to determine the scope of the issue presented to him the arbitrator had primarily to interpret the collective agreement, the contracts concluded between the *mis en cause* Perreault and Guilbert and the respondent—contracts covered by clause 5-1.01 of the collective agreement—and the wording of the grievances filed by the appellant. Interpretation of such documents is clearly within the grievance arbitrator's exclusive jurisdiction.

This approach may seem to be at odds with the decision of this Court in *Toronto Newspaper Guild, Local 87 v. Globe Printing Co.*, [1953] 2 S.C.R. 18. In that case, which also involved the exclusion of evidence, Kerwin J. suggested that, far from being non-reviewable by the courts, the error of an administrative tribunal in determining the questions which were the subject of its inquiry was on the contrary, depending on whether the tribunal was wrongly refusing to examine a question or concerning itself with a question not presented to it, a refusal by that tribunal to exercise its jurisdiction or an excess of jurisdiction justifying intervention by the courts.

This judgment, however, may be classified among the decisions of this Court which, as Wilson J. noted in *National Corn Growers Assn. v.*

res. Dans l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, le juge Beetz préconisait plutôt une approche fonctionnelle et pragmatique afin d'identifier les questions de compétence. Il affirmait (à la p. 1087):

La notion de condition préalable détourne les tribunaux du véritable problème du contrôle judiciaire: elle substitue la question «S'agit-il d'une condition préalable à l'exercice du pouvoir du tribunal?» à la seule question qu'il faut se poser, «Le législateur a-t-il voulu qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal?»

Appliquant cette approche à la question de la compétence de l'arbitre de griefs pour délimiter le cadre du litige qui lui est soumis, je ne puis me convaincre que le législateur ait voulu qu'une telle matière échappe à la compétence exclusive de l'arbitre. Cela est d'autant plus vrai, dans la présente affaire, qu'afin de déterminer le cadre du litige dont il était saisi, l'arbitre avait principalement à interpréter la convention collective, les contrats conclus entre les mises en cause Perreault et Guilbert et l'intimée—contrats prévus à la clause 5-1.01 de la convention collective—ainsi que le texte des griefs formulés par l'appelant. Or, l'interprétation de tels documents relève clairement de la compétence exclusive de l'arbitre de griefs.

Ce point de vue peut paraître irréconciliable avec la décision de notre Cour dans l'affaire *Toronto Newspaper Guild, Local 87 c. Globe Printing Co.*, [1953] 2 R.C.S. 18. Dans cette affaire, qui mettait également en cause l'exclusion d'une preuve, le juge Kerwin laissait en effet entendre que l'erreur d'un tribunal administratif dans la détermination des questions faisant l'objet de son enquête, loin de constituer une erreur à l'abri du contrôle judiciaire, constituait au contraire, selon que le tribunal refusait erronément de se pencher sur une question ou s'intéressait à une question qui ne lui était pas soumise, un refus par ce tribunal d'exercer sa compétence ou un excès de compétence justifiant l'intervention des tribunaux supérieurs.

Cette décision peut pourtant être rangée parmi les arrêts de notre Cour qui témoignent, comme le faisait remarquer le juge Wilson dans l'arrêt *Natio-*

Canada (Import Tribunal), [1990] 2 S.C.R. 1324, demonstrates the reluctance Canadian courts had long shown "... to accept the proposition that tribunals should not be subject to the same standard of review as courts" (p. 1335). As Wilson J. explained, administrative law has developed considerably since that time, so that courts of law now allow administrative tribunals much greater independence. *New Brunswick Liquor Corp.*, *supra*, represents the culmination of this development.

In view of the foregoing, I have no hesitation in concluding that the arbitrator had complete jurisdiction to define the scope of the issue presented to him, and that only an unreasonable error on his part in this regard or a breach of natural justice could have constituted an excess of jurisdiction. I also think, though in my opinion it is not necessary to decide this point in the case at bar, that the necessary corollary of the grievance arbitrator's exclusive jurisdiction to define the issue is his exclusive jurisdiction then to conduct the proceedings accordingly, and that he may *inter alia* choose to admit only the evidence he considers relevant to the case as he has chosen to define it.

In my opinion, however, these comments do not dispose of the case at bar. The respondent is not complaining only, or even primarily, of the fact that in refusing to admit the evidence it had to offer the arbitrator erred in understanding the issue presented to him. Rather, it is arguing that even within the issue as defined by the arbitrator—that is, an issue limited to the cause relied on in the notices of dismissal, the lack of funds—this evidence was relevant since its very purpose was to establish the reason for this lack of funds. It maintained that the refusal to admit relevant and admissible evidence infringes the rules of natural justice and for that reason constitutes an excess of jurisdiction.

nal Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations), [1990] 2 R.C.S. 1324, de la réticence dont ont longtemps fait preuve les cours de justice canadiennes «... à admettre la proposition selon laquelle les tribunaux administratifs ne devraient pas être soumis à la même norme qu'elles en matière de contrôle» (p. 1335). Comme l'expliquait encore le juge Wilson, le droit administratif a depuis beaucoup évolué, de sorte que les cours de justice accordent désormais une autonomie plus grande aux tribunaux administratifs. L'arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, représente le point culminant dans cette évolution.

Compte tenu de ce qui précède, je n'hésite pas à conclure que l'arbitre avait pleine compétence pour délimiter le cadre du litige dont il était saisi et que seule une erreur déraisonnable de sa part sur ce point ou une violation de la justice naturelle auraient pu constituer un excès de compétence. Je crois aussi, même si à mon avis il ne m'est pas nécessaire de décider de cette question dans le cadre du présent litige, que la compétence exclusive de l'arbitre de griefs sur la délimitation du litige a nécessairement pour corollaire sa compétence exclusive pour ensuite diriger en conséquence le débat, et qu'il peut, entre autres choses, choisir de n'admettre que la preuve qu'il estime pertinente à l'égard du litige tel qu'il a choisi de le délimiter.

À mon avis, ces commentaires ne permettent toutefois pas de disposer du présent litige. L'intimée ne se plaint en effet pas uniquement, ni même surtout, du fait qu'en refusant d'admettre les preuves qu'elle avait à lui offrir, l'arbitre se soit trouvé à errer dans la compréhension du litige qui lui était soumis. Elle prétend plutôt que même à l'intérieur du litige tel que l'avait délimité l'arbitre—à savoir un litige limité à la cause invoquée aux avis de congédiement, le manque de fonds—cette preuve était pertinente, puisqu'elle visait justement à établir l'origine de ce manque de fonds. Or, elle affirme que le refus d'admettre une preuve pertinente et admissible enfreint les règles de la justice naturelle et constitue pour ce motif un excès de compétence.

In other words, the question now before this Court is not whether, after deciding wrongly but not unreasonably that he should limit his analysis to a single ground of dismissal, an arbitrator who then decides to exclude evidence of other possible reasons for dismissal commits an error that is beyond judicial review by the courts. The answer to this question is simple: it is yes. The arbitrator is then acting within his jurisdiction.

The question before this Court is instead whether, in erroneously deciding to exclude evidence relevant to the ground of dismissal which he has himself identified as being that which he must examine, the arbitrator necessarily commits an excess of jurisdiction. In my view the answer to this question must in general be no. It will be yes, however, if by his erroneous decision the arbitrator was led to infringe the rules of natural justice. I therefore now turn to considering this question.

(ii) Refusal to Admit Relevant Evidence and Natural Justice

The only rule of natural justice with which the Court is concerned here is the right of a person affected by a decision to be heard, that is, the *audi alteram partem* rule. The question is whether there is a breach of that rule whenever relevant evidence is rejected by a grievance arbitrator. In order to answer this question, we must determine whether judicial review should be available whenever an arbitrator errs, regardless of the seriousness of his error, in declaring evidence submitted by the parties to be irrelevant or inadmissible.

The difficulty of this question arises from the tension existing between the quest for effectiveness and speed in settling grievances on the one hand, and on the other preserving the credibility of the arbitration process, which depends on the parties' believing that they have had a complete opportunity to be heard. Professor Ouellette speaks in this regard of the [TRANSLATION] "... perpetual contradiction between freedom of operation and its

En d'autres termes, la question qui est posée à notre Cour ne consiste pas à savoir si, ayant décidé de façon erronée mais non déraisonnable qu'il devait limiter son examen à un seul motif de congédiement, l'arbitre qui décide en conséquence d'exclure une preuve relative à d'autres motifs possibles de congédiement commet une erreur qui échappe au contrôle judiciaire des tribunaux supérieurs. La réponse à cette question est simple: elle est positive. L'arbitre agit en effet alors dans le cadre de sa compétence.

Notre Cour doit plutôt déterminer si, en décidant de façon erronée d'exclure une preuve pertinente au motif de congédiement qu'il a lui-même identifié comme étant celui qu'il se devait d'examiner, l'arbitre commet forcément un excès de juridiction. À mon avis, la réponse à cette question, de façon générale, est négative. Elle sera toutefois positive si par sa décision erronée, l'arbitre s'est trouvé à violer les principes de la justice naturelle. Je passe donc à l'examen de cette question.

(ii) Refus d'une preuve pertinente et justice naturelle

Le seul principe de justice naturelle qui nous concerne en l'espèce est le droit de la personne concernée par une décision de se faire entendre pour faire valoir son point de vue, c'est-à-dire, la règle *audi alteram partem*. Il s'agit de savoir si, chaque fois qu'une preuve pertinente est rejetée par un arbitre de griefs, il y a violation de cette règle. Afin de répondre à cette question, il faut se demander s'il doit y avoir ouverture au contrôle judiciaire chaque fois qu'un arbitre se trompe, quelle que soit la gravité de son erreur, en déclarant non pertinente ou non admissible une preuve soumise par les parties.

La difficulté de cette question tient à la tension qui existe entre la recherche de l'efficacité et de la rapidité dans le règlement des griefs d'une part, et, d'autre part, le maintien de la crédibilité du processus d'arbitrage, qui dépend de la conviction des parties qu'elles ont pleinement eu la possibilité de faire entendre leur point de vue. Le professeur Ouellette parle à cet égard de la «... perpétuelle contradiction entre la liberté de fonctionnement et

necessary procedural aspects” (Y. Ouellette, “Aspects de la procédure et de la preuve devant les tribunaux administratifs” (1986), 16 *R.D.U.S.* 819, at p. 850). Professor Evans also states:

There is a certain tension between the proposition that an administrative tribunal, even if required to hold an adjudicative-type hearing, is not bound by the whole body of the law of evidence applied in proceedings in courts of law, and the imposition of a duty to decide in a procedurally fair manner.

(J. M. Evans et al., *Administrative Law* (3rd ed. 1989), at p. 452.)

For this reason, the question before the Court cannot simply be answered, as the appellant suggests, by reference to s. 100.2 of the *Labour Code*, which provides:

100.2 [Inquiry into grievance] The arbitrator shall proceed with all dispatch with the inquiry into the grievance and, unless otherwise provided in the collective agreement, in accordance with such procedure and mode of proof as he deems appropriate.

The appellant argued that this provision gave a grievance arbitrator exclusive jurisdiction to decide on the relevance of the evidence presented to him and that his decisions in this regard are consequently beyond the scope of judicial review except in the event of patently unreasonable error.

This argument cannot be accepted. Section 100.2 of the *Labour Code* does give a grievance arbitrator complete autonomy in dealing with points of evidence and procedure; but the rule of autonomy in administrative procedure and evidence, widely accepted in administrative law, has never had the effect of limiting the obligation on administrative tribunals to observe the requirements of natural justice. This is what Professor Ouellette says in this regard, *supra*, at p. 850:

[TRANSLATION] ... the major decisions which formulated the principle of the independence of administrative evidence from technical rules have in the same breath made it clear that this independence must be exercised in accordance with the rules of fundamental justice. It is

son encadrement nécessaire» (Y. Ouellette, «Aspects de la procédure et de la preuve devant les tribunaux administratifs» (1986), 16 *R.D.U.S.* 819, à la p. 850). Le professeur Evans affirme également:

[TRADUCTION] Il existe une certaine tension entre, d'une part, la proposition voulant qu'un tribunal administratif, même s'il doit tenir une audience de type décisionnel, ne soit pas lié par l'ensemble du droit de la preuve que les cours de justice appliquent dans leurs procédures et, d'autre part, l'imposition de l'obligation de rendre une décision de façon équitable sur le plan de la procédure.

(J. M. Evans et autres, *Administrative Law* (3^e éd. 1989), à la p. 452.)

Pour cette raison, on ne saurait répondre à la question qui nous est posée en invoquant simplement, comme l'a suggéré l'appelant, l'art. 100.2 du *Code du travail*, qui prévoit:

100.2 [Instruction du grief] L'arbitre doit procéder en toute diligence à l'instruction du grief et, sauf disposition contraire de la convention collective, selon la procédure et le mode de preuve qu'il juge appropriés.

L'appelant a prétendu que cette disposition attribuait à l'arbitre de griefs une compétence exclusive pour juger de la pertinence des preuves qui lui sont soumises et que ses décisions à cet égard échappent par conséquent au contrôle judiciaire sauf en cas d'erreur manifestement déraisonnable.

Cet argument ne peut être retenu. L'article 100.2 du *Code du travail* consacre l'autonomie de l'arbitre de griefs en ce qui a trait aux questions de preuve et de procédure. Mais le principe de l'autonomie de la procédure et de la preuve administratives, qui est largement admis en droit administratif, n'a jamais eu pour effet de limiter l'obligation faite aux tribunaux administratifs de respecter les exigences de la justice naturelle. Voici comment s'exprime à cet égard le professeur Ouellette, *loc. cit.*, à la p. 850:

... les grands arrêts qui ont formulé le principe de l'autonomie de la preuve administrative par rapport aux règles techniques ont, du même souffle, énoncé que cette autonomie devait s'exercer dans le respect des principes de justice fondamentale. Il ne suffit pas que les

not sufficient for administrative tribunals to operate simply and effectively: they must attain this high ideal without sacrificing the fundamental rights of the parties.

It is true that the error of an administrative tribunal in determining the relevance of evidence is an error of law, and that in general the decisions of administrative tribunals which enjoy the protection of a complete privative clause are beyond judicial review for mere errors of law.

That is not true, however, in cases where, as occurred here in the submission of the respondent, the arbitrator's decision on the relevance of evidence had the effect of breaching the rules of natural justice. A breach of the rules of natural justice is regarded in itself as an excess of jurisdiction and consequently there is no doubt that such a breach opens the way for judicial review; but that brings us back to the point at issue in this case: was there a breach of natural justice as a result of the *mis en cause* arbitrator's refusal to admit the evidence submitted by the respondent?

The proposition that any refusal to admit relevant evidence is in the context of a grievance arbitration a breach of natural justice is one which could have serious consequences. It in effect means that the arbitrator does not have the power to decide in a final and exclusive way what evidence will be relevant to the issue presented to him. That may seem incompatible with the very wide measure of autonomy which the legislature intended to give grievance arbitrators in settling disputes within their jurisdiction and the attitude of restraint demonstrated by the courts toward the decisions of administrative bodies.

At the same time, it is clear that the confidence of the parties bound by the final decisions of grievance arbitrators is likely to be undermined by the reckless rejection of relevant evidence. A certain caution is therefore unquestionably necessary in this regard. As Professor Garant observes:

tribunaux administratifs fonctionnent avec simplicité et efficacité, ils doivent atteindre cet idéal élevé sans sacrifier les droits fondamentaux des parties.

a Il est vrai que l'erreur d'un tribunal administratif dans l'évaluation de la pertinence d'une preuve est une erreur de droit et que, de façon générale, les décisions des tribunaux administratifs bénéficiant de la protection d'une clause privative complète *b* échappent au contrôle judiciaire pour de simples erreurs de droit.

c Il en va toutefois autrement dans les cas, où, comme cela s'est ici produit selon l'intimée, la décision de l'arbitre sur la pertinence d'une preuve a eu pour effet une violation des règles de la justice naturelle. La violation des principes de justice naturelle est en effet considérée, en soi, comme un excès de juridiction et il ne fait par conséquent *d* aucun doute qu'une telle violation donne ouverture au contrôle judiciaire. Mais cela nous ramène à la question qui fait l'objet du présent litige: y a-t-il eu ici, en raison du refus de l'arbitre mis en cause de recevoir la preuve offerte par l'intimée, violation *e* de la justice naturelle?

f La proposition selon laquelle tout refus d'une preuve pertinente constitue dans le contexte de l'arbitrage des griefs une violation de la justice naturelle est une proposition susceptible d'avoir de graves conséquences. Elle signifie en réalité que l'arbitre n'a pas le pouvoir de décider de façon finale et exclusive quelles preuves seront pertinentes en regard du litige qui lui est soumis. Cela *g* peut sembler incompatible avec la très large mesure d'autonomie que le législateur a voulu attribuer à l'arbitre de griefs dans le règlement des litiges relevant de sa compétence et l'attitude de retenue dont font preuve les tribunaux supérieurs à l'égard des décisions des organismes administratifs. *h*

i Par ailleurs, il est certain que la confiance des administrés, qui sont liés par les décisions finales des arbitres de griefs, est susceptible d'être amoindrie par le rejet inconsidéré de preuves pertinentes. Une certaine prudence, à cet égard, est donc indéniablement de mise. Comme l'affirme le professeur Garant: *j*

[TRANSLATION] A tribunal must be cautious, however, as it is much more serious to refuse to admit relevant evidence than to admit irrelevant evidence, which may later be rejected in the final decision. The practice of a tribunal taking objections to evidence “under advisement” where possible, and when the party making them does not absolutely insist on having a decision right then, is usually advisable; it does not in any way contravene natural justice.

(P. Garant, *Droit administratif*, vol. 2, *Le contentieux* (3rd ed. 1991), at p. 231.)

For my part, I am not prepared to say that the rejection of relevant evidence is automatically a breach of natural justice. A grievance arbitrator is in a privileged position to assess the relevance of evidence presented to him and I do not think it is desirable for the courts, in the guise of protecting the right of parties to be heard, to substitute their own assessment of the evidence for that of the grievance arbitrator. It may happen, however, that the rejection of relevant evidence has such an impact on the fairness of the proceeding, leading unavoidably to the conclusion that there has been a breach of natural justice.

Accordingly, in the case before the Court there is no doubt, in my opinion, that there was a breach of natural justice. The respondent wished to present evidence of the poor quality of the work of the *mis en cause* Perreault and Guilbert. It sought to show that as a consequence of the poor quality of their work it had been forced to obtain other resources in order to meet the requirements of the granting organization, and that accordingly not enough money remained from the grant to pay the salaries of the *mis en cause* employees. In the context of a hearing involving a dismissal due to a lack of funds, such evidence is *prima facie* crucial. Its purpose is to establish the cause of the lack of funds. If there are still any doubts as to the significance of this evidence, they are dispelled by the following remarks by the *mis en cause* arbitrator:

[TRANSLATION] Even if there was a lack of funds, that lack could not be a valid reason for breaking a term contract. It is a cause which is not within the employee’s

Un tribunal doit toutefois être prudent car il est beaucoup plus grave de refuser une preuve pertinente que d’admettre une preuve non pertinente, laquelle pourra être rejetée ultérieurement dans la décision finale. La pratique qui consiste pour un tribunal à prendre «sous réserve» les objections à la preuve, lorsque cela est possible, et lorsque la partie qui les formule ne tient pas absolument à avoir une décision sur-le-champ, est ordinairement sage; cela ne contrevient aucunement à la justice naturelle.

(P. Garant, *Droit administratif*, vol. 2, *Le contentieux* (3^e éd. 1991), à la p. 231.)

Pour ma part, je ne suis pas prêt à affirmer que le rejet d’une preuve pertinente constitue automatiquement une violation de la justice naturelle. L’arbitre de griefs est dans une situation privilégiée pour évaluer la pertinence des preuves qui lui sont soumises et je ne crois pas qu’il soit souhaitable que les tribunaux supérieurs, sous prétexte d’assurer le droit des parties d’être entendues, substituent à cet égard leur appréciation à celle de l’arbitre de griefs. Il pourra toutefois arriver que le rejet d’une preuve pertinente ait un impact tel sur l’équité du processus, que l’on ne pourra que conclure à une violation de la justice naturelle.

Ainsi, dans le cas qui nous occupe, il ne fait pas de doute, à mon avis, qu’il y a eu violation de la justice naturelle. L’intimée cherchait à faire la preuve de la mauvaise qualité du travail des mises en cause Perreault et Guilbert. Elle cherchait à démontrer qu’en raison de la piètre qualité de leur travail, elle avait dû, afin de répondre aux exigences de l’organisme subventionnaire, engager une autre ressource, et qu’il ne restait en conséquence pas suffisamment de fonds à même la subvention pour défrayer le salaire des mises en cause. À première vue, cette preuve, dans le contexte d’un examen qui porte sur un congédiement dû à un manque de fonds, est cruciale. Elle vise en effet à établir la cause de ce manque de fonds. Si des doutes subsistent quant à l’importance de cette preuve, ils sont dissipés par les remarques suivantes de l’arbitre mis en cause:

Même s’il y avait eu manque de fonds, ce manque de fonds ne saurait constituer une raison valable de rupture de contrat à durée déterminée. C’est une cause qui ne

control, but is due to an agreement between the University and a third party.

In light of these remarks by the *mis en cause* arbitrator, one can only conclude that there was a breach of natural justice. As Lebrun J. pointed out, *r. mis en cause* arbitrator adopted a paradoxical position:

[TRANSLATION] On the one hand, by blaming [the respondent] for not establishing that the cause of the dismissal was something for which the *mis en cause* employees were responsible, and on the other, by denying [the respondent] the opportunity to establish that very fact based on a narrow interpretation of the "cause" of dismissal. . . .

The consequence of this paradoxical position taken by the *mis en cause* arbitrator is that he found himself in the position of disposing of an extremely important point in the case before him—namely the lack of cause attributable to the employees—without having heard any evidence whatever from the respondent on the point, and even having expressly refused to hear the evidence which the respondent sought to present on the point. This quite clearly amounts to a breach of natural justice.

The appellant argued that the arbitrator's comments on the lack of any cause attributable to the *mis en cause* employees were only *obiter* and that the arbitrator would quite clearly have come to the same decision even if he had heard the evidence the respondent was seeking to present. It contended that the real reason for the arbitrator's decision was that the lack of funds itself had not been established in this case and moreover could never be a valid cause for dismissal.

This argument cannot be accepted. First, it is impossible to say with any certainty what the decision of the *mis en cause* arbitrator would have been if he had heard the evidence offered by the respondent. That evidence might have convinced him that in the particular circumstances of this case, and especially in view of the relationship existing between the respondent and the granting organization, the lack of funds could be a cause for dismissal attributable to the fault of the employees

relève pas du fait de l'employé, mais d'entente intervenue entre l'Université et un tiers.

À la lumière de ces remarques de l'arbitre *mis en cause*, l'on ne peut que conclure à l'existence d'une violation de la justice naturelle. Comme le fait remarquer le juge Lebrun, l'arbitre *mis en cause* adopte une position paradoxale:

D'une part en reprochant à [l'intimée] de ne pas avoir fait la preuve que la cause du congédiement était le fait des employées mises en cause et d'autre part, en refusant à [l'intimée] de précisément faire cette preuve en se fondant sur une interprétation étroite de la «cause» du congédiement . . .

La conséquence de cette position paradoxale de l'arbitre *mis en cause* est qu'il s'est trouvé à disposer d'une question extrêmement importante en regard du litige qui lui était soumis—à savoir, l'absence d'une cause imputable aux employées—sans avoir entendu quelque preuve que ce soit de la part de l'intimée sur cette question, et en ayant même expressément refusé d'entendre la preuve que cherchait à faire l'intimée sur ce point. Cela équivaut très certainement à une violation de la justice naturelle.

L'appellant a prétendu que les commentaires de l'arbitre sur l'absence d'une cause imputable aux mises en cause ne constituait qu'un *obiter* et que l'arbitre en serait très certainement venu à la même décision même s'il avait entendu la preuve que cherchait à faire l'intimée. Elle prétend en effet que le véritable motif de la décision de l'arbitre est que le manque de fonds lui-même n'avait pas été établi en l'espèce et ne pouvait d'ailleurs jamais constituer une cause valable de congédiement.

Cet argument ne peut être retenu. En premier lieu, il est impossible de deviner avec certitude quelle aurait été la décision de l'arbitre *mis en cause* s'il avait entendu les éléments de preuve offerts par l'intimée. Ces éléments de preuve auraient pu le convaincre que dans les circonstances particulières de la présente affaire, et en particulier en raison du rapport existant entre l'intimée et l'organisme subventionnaire, le manque de fonds pouvait constituer une cause de congédie-

and that this ground could accordingly justify the respondent in terminating the employment contracts.

Secondly, and more fundamentally, the rules of natural justice have enshrined certain guarantees regarding procedure, and it is the denial of those procedural guarantees which justifies the courts in intervening. The application of these rules should thus not depend on speculation as to what the decision on the merits would have been had the rights of the parties not been denied. I concur in this regard with the view of Le Dain J., who stated in *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 661:

... the denial of a right to a fair hearing must always render a decision invalid, whether or not it may appear to a reviewing court that the hearing would likely have resulted in a different decision. The right to a fair hearing must be regarded as an independent, unqualified right which finds its essential justification in the sense of procedural justice which any person affected by an administrative decision is entitled to have.

For all these reasons, I conclude that by refusing to admit the evidence which the respondent was seeking to present the *mis en cause* arbitrator infringed the rules of natural justice. The Superior Court therefore did not err in ordering a new arbitration. Did the Superior Court however err in ordering that the new arbitration be held before another arbitrator?

(b) *Referral of Case to Another Arbitrator*

The appellant contended that the Superior Court had erred in ordering that the new arbitration be held before another arbitrator, since there was no real, objective reason for doubting the impartiality of the *mis en cause* arbitrator.

On this point, in my opinion, the appellant did not succeed in establishing that the Superior Court had erred in the exercise of its discretion so as to justify intervention by this Court. Though he did not actually say so, Lebrun J. was probably of the view that there could quite reasonably be doubt as

ment imputable à la faute des employées et que ce motif pouvait par conséquent justifier l'intimée de mettre fin aux contrats de travail.

En second lieu, et de façon plus fondamentale, les règles de justice naturelle consacrent certaines garanties au chapitre de la procédure, et c'est la négation de ces garanties procédurales qui justifie l'intervention des tribunaux supérieurs. L'application de ces règles ne doit par conséquent pas dépendre de spéculations sur ce qu'aurait été la décision au fond n'eût été la négation des droits des intéressés. Je partage à cet égard l'opinion du juge Le Dain qui affirmait, dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la p. 661:

... la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide, que la cour qui exerce le contrôle considère ou non que l'audition aurait vraisemblablement amené une décision différente. Il faut considérer le droit à une audition équitable comme un droit distinct et absolu qui trouve sa justification essentielle dans le sens de la justice en matière de procédure à laquelle toute personne touchée par une décision administrative a droit.

Pour tous ces motifs, je conclus qu'en refusant les éléments de preuve que cherchait à présenter l'intimée, l'arbitre mis en cause a enfreint les principes de justice naturelle. La Cour supérieure n'a donc pas erré en ordonnant la tenue d'un nouvel arbitrage. La Cour supérieure a-t-elle par ailleurs erré en ordonnant que la tenue de ce nouvel arbitrage se fasse devant un autre arbitre?

b) *Renvoi de l'affaire à un autre arbitre*

L'appellant a prétendu que la Cour supérieure avait erré en ordonnant que la tenue d'un nouvel arbitrage se fasse devant un autre arbitre, puisqu'il n'existait aucun motif sérieux et objectif de douter de l'impartialité de l'arbitre mis en cause.

Sur ce point, à mon avis, l'appellant n'a pas réussi à démontrer que la Cour supérieure avait erré dans l'exercice de sa discrétion, de manière à justifier l'intervention de notre Cour. Quoiqu'il ne l'ait point mentionné, le juge Lebrun fut probablement d'avis que l'on peut fort raisonnablement

to the ability of a grievance arbitrator to objectively hear evidence which he already thought was so lacking in significance as to declare it irrelevant.

Conclusion

For these reasons, the appeal is dismissed with costs.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—I agree entirely with the Chief Justice on the outcome of this case. However, I would adopt the approach taken by the trial judge, Lebrun J., and by Baudouin J.A. for the majority of the Court of Appeal, [1990] R.J.Q. 2183.

When faced with a privative clause an appellate court will be held to a high standard of deference toward an administrative tribunal. However, an error on a question of law which goes to jurisdiction will always be reviewable (see *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, and the decisions cited therein).

Although the arbitrator in the case at bar had jurisdiction to dispose of the grievances before him, as the lower courts correctly held, he could not in so doing commit an excess of jurisdiction. In *Service Employees' International Union, Local 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382, Dickson J. (as he then was), speaking for the Court, made this point very clearly (at p. 389):

A tribunal may, on the one hand, have jurisdiction in the narrow sense of authority to enter upon an inquiry but, in the course of that inquiry, do something which takes the exercise of its powers outside the protection of the privative or preclusive clause. Examples of this type of error would include acting in bad faith, basing the decision on extraneous matters, failing to take relevant factors into account, breaching the provisions of natural justice or misinterpreting provisions of the Act so as to embark on an inquiry or answer a question not remitted to it. [Emphasis added.]

douter de la capacité d'un arbitre de griefs à entendre objectivement une preuve qu'il a déjà estimé dépourvue d'intérêt au point de la déclarer non pertinente.

Conclusion

Pour tous ces motifs, le pourvoi est rejeté avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Je suis entièrement d'accord avec le Juge en chef sur l'issue du présent litige. J'emprunte, cependant, la voie qu'ont choisie le juge Lebrun, en première instance, et le juge Baudouin pour la majorité de la Cour d'appel, [1990] R.J.Q. 2183.

Face à une clause privative, un tribunal d'appel sera tenu à un haut niveau de déférence vis-à-vis un tribunal administratif. Toutefois, une erreur sur une question de droit qui va à la juridiction sera toujours révisable (voir *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, et les décisions y citées).

Quoique l'arbitre ait ici eu juridiction pour disposer des griefs dont il était saisi, comme les tribunaux d'instance l'ont à bon droit décidé, il ne pouvait, ce faisant, commettre un excès de juridiction. Dans l'arrêt *Union internationale des employés des services, local 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), au nom de la Cour, s'exprime clairement à cet égard (à la p. 389):

Un tribunal peut, d'une part, avoir compétence dans le sens strict du pouvoir de procéder à une enquête mais, au cours de cette enquête, faire quelque chose qui retire l'exercice de ce pouvoir de la sauvegarde de la clause privative ou limitative de recours. Des exemples de ce genre d'erreur seraient le fait d'agir de mauvaise foi, de fonder la décision sur des données étrangères à la question, d'omettre de tenir compte de facteurs pertinents, d'enfreindre les règles de la justice naturelle ou d'interpréter erronément les dispositions du texte législatif de façon à entreprendre une enquête ou répondre à une question dont il n'est pas saisi. [Je souligne.]

Refusing to hear relevant and admissible evidence is a breach of the rules of natural justice. It is one thing to adopt special rules of procedure for a hearing, and another not to comply with a fundamental rule, that of doing justice to the parties by hearing relevant and therefore admissible evidence. That is the case here.

In my view, the formalism and inflexibility demonstrated by the arbitrator in this case have no place in the hearing of a grievance. If the arbitrator had doubts as to the relevancy of the evidence sought to be introduced, he could have taken it under advisement as courts regularly do. This would have facilitated and speeded up the hearing. Furthermore, as is often the case, the relevance or otherwise of the evidence in question would have become apparent during the proceedings. In these circumstances, the ends of justice would have been better served for all the parties involved.

In any event, I subscribe entirely to the reasons of the majority of the Court of Appeal that the evidence presented by the respondent was relevant to the consideration and disposition of the grievances before the arbitrator. The arbitrator's refusal to consider such evidence was an excess of jurisdiction.

For these reasons, I would dispose of the appeal as the Chief Justice suggests, with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Lapierre, St-Denis & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondent: Joli-Coeur, Lacasse, Simard, Normand & Associés, Trois-Rivières.

Refuser une preuve pertinente et admissible constitue une violation des règles de justice naturelle. C'est une chose que d'adopter des règles de procédure propres à une audition, c'en est une autre que de ne pas respecter une règle fondamentale, soit celle de rendre justice aux parties en entendant une preuve pertinente et, partant, admissible. C'est le cas ici.

À mon avis, le formalisme et la rigidité dont a fait preuve l'arbitre en l'instance ne sont pas de mise dans l'examen d'un grief. Si l'arbitre entretenait des doutes quant à la pertinence de la preuve que l'on voulait apporter, il aurait pu la prendre sous réserve, comme les tribunaux le font régulièrement. Ceci aurait facilité et accéléré l'audition. De plus, la pertinence ou non de la preuve ici en question, comme c'est souvent le cas, serait devenue évidente au cours du débat. Dans ces conditions, les fins de la justice auraient été mieux servies envers toutes les parties en cause.

À tout événement, je souscris entièrement aux motifs exprimés par la majorité de la Cour d'appel à l'effet que la preuve offerte par l'intimée était pertinente à l'examen et à la disposition des griefs dont l'arbitre était saisi. Le refus de l'arbitre de la considérer constituait un excès de juridiction.

Pour ces motifs, je disposerais de l'appel comme le suggère le Juge en chef, le tout avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appellant: Lapierre, St-Denis & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Joli-Cœur, Lacasse, Simard, Normand & Associés, Trois-Rivières.



If undelivered, return COVER ONLY to:

Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :

Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 1993 Vol. 1

4^e cahier, 1993 Vol. 1

Cited as [1993] 1 S.C.R. 497-696

Renvoi [1993] 1 R.C.S. 497-696

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

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

CONTENTS

Canada (Attorney General) v. Mossop 554

Civil rights — Discriminatory practice — Family status — Employee denied bereavement leave to attend funeral of father of his male companion — Collective agreement providing for leave upon death of a member of an employee's "immediate family" — "Immediate family" including common-law spouse of opposite sex — Federal legislation prohibiting discrimination on basis of "family status" — Whether denial of bereavement leave based on family status — Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3, 10.

Judicial review — Standard of review — Curial deference toward specialized tribunals — Whether Federal Court of Appeal erred in holding that any error of law by human rights tribunal reviewable — Whether Tribunal committed such an error of law in interpreting "family status" as including a same-sex relationship — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

Continued on next page

SOMMAIRE

Canada (Procureur général) c. Mossop 554

Libertés publiques — Acte discriminatoire — Situation de famille — Congé de deuil refusé à un employé pour assister aux funérailles du père de son compagnon — Convention collective prévoyant un congé de deuil en cas de décès d'un membre de la «proche famille» de l'employé — «Proche famille» comprend un conjoint de fait de sexe opposé — Loi fédérale interdisant la discrimination fondée sur la «situation de famille» — Le refus d'accorder le congé de deuil est-il fondé sur la situation de famille? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3, 10.

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Retenue judiciaire envers les tribunaux spécialisés — La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a statué que toute erreur de droit commise par un tribunal des droits de la personne est susceptible de révision? — Le tribunal a-t-il commis une erreur de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Greenbaum..... 674

Municipal law — Municipal by-laws — Validity — Metro by-law prohibiting exposing of goods on road allowance without a licence — Whether by-law *ultra vires* municipality in that it is not authorized by enabling legislation — Municipality of Metropolitan Toronto By-law 211-74, s. 11 — Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45, ss. 102; 210, paras. 73, 140; 314(1), para. 1.

R. v. Sharma 650

Municipal law — Municipal by-laws — Validity — Municipal by-law scheme purporting to license street vending — Licences for sidewalk use available only to owners or occupiers of abutting property — Whether distinction between street vendors and owner/occupant vendors authorized by legislation — Municipality of Metropolitan Toronto By-laws 97-80, 211-74 — City of Toronto By-law 618-80 — Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45, s. 310.

Criminal law — Wilfully obstructing peace officer — Street vendor disobeying peace officer's order to remove wares from sidewalk — Peace officer seeking to enforce municipal by-law later found to be *ultra vires* — Whether conviction for obstructing a peace officer can stand — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 129.

Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The)..... 497

Maritime law — Collision — Limitation of liability — Actual fault or privity — Corporate identification — Navigational error by lead tug captain, acting as master of flotilla, causing collision between tow barge and moored ship — Whether corporate tug owners entitled to limit liability — Whether fault of tug master fault of corporation — Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, s. 647(2).

Maritime law — Collision — Limitation of liability — Appropriate unit of limitation — Navigational error by lead tug captain, acting as master of flotilla, causing collision between tow barge and moored ship — Vessels in flotilla belonging to different shipowners — Whether limitation of liability provisions in Canada Shipping Act applicable to limit lead tug owner's liability — If so, whether all vessels of lead tug owner in flotilla should be taken into account in determining extent of liability — Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, s. 647(2).

SOMMAIRE (Suite)

droit lorsqu'il a statué que l'expression «situation de famille» comprend une relation entre deux personnes de même sexe? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.

R. c. Greenbaum..... 674

Droit municipal — Règlements municipaux — Validité — Règlement de la municipalité de la communauté urbaine interdisant l'étalage sans permis de marchandises sur une route — Le règlement excède-t-il les pouvoirs de la municipalité pour le motif que son adoption n'est pas autorisée par une loi habilitante? — Règlement 211-74 de la municipalité de la communauté urbaine de Toronto, art. 11 — Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45, art. 102; 210, disp. 73, 140; 314(1), disp. 1.

R. c. Sharma 650

Droit municipal — Règlements municipaux — Validité — Régime de réglementation municipale ayant pour objet d'assujettir la vente dans les rues à la délivrance d'un permis — Seuls les propriétaires ou les occupants d'un bien-fonds attenant peuvent obtenir l'autorisation d'utiliser les trottoirs — La distinction entre les vendeurs ambulants et les vendeurs propriétaires-occupants est-elle autorisée par la loi? — Règlements 97-80 et 211-74 de la municipalité de la communauté urbaine de Toronto — Règlement 618-80 de la ville de Toronto — Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45, art. 310.

Droit criminel — Entrave volontaire au travail d'un agent de la paix — Défaut d'un vendeur ambulant d'obtempérer à l'ordre d'un agent de la paix d'enlever ses marchandises du trottoir — L'agent de la paix essayait d'appliquer un règlement municipal qui a été jugé *ultra vires* par la suite — La déclaration de culpabilité d'entrave au travail d'un agent de la paix peut-elle tenir? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 129.

Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le) 497

Droit maritime — Collision — Limitation de responsabilité — Faute ou complicité réelle — Identification à la personne morale — Erreur de navigation commise par le capitaine du remorqueur de tête, qui avait le commandement d'une flottille, à l'origine d'une collision entre la péniche remorquée et un navire amarré — La personne morale propriétaire du remorqueur a-t-elle le droit de limiter sa responsabilité? — La faute du capitaine du remorqueur est-elle celle de la personne morale? — Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, ch. S-9, art. 647(2).

Droit maritime — Collision — Limitation de responsabilité — Unité de mesure appropriée pour fixer l'étendue de la limitation — Erreur de navigation commise par le capitaine du remorqueur de tête, qui avait le commandement d'une flottille, à l'origine d'une collision entre la péniche remorquée et un navire amarré — Navires de la flottille appartenant à des propriétaires différents — Les dispositions en matière de limitation de responsabilité que contient la Loi sur la marine marchande du Canada peuvent-elles s'appliquer pour limiter la responsabilité

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

du propriétaire du remorqueur de tête? — Dans l'affirmative, doit-on tenir compte de tous les navires de la flottille appartenant au propriétaire pour déterminer l'étendue de la responsabilité? — Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, ch. S-9, art. 647(2).

Great Lakes Towing Company *Appellant*

v.

The Owners and Operators of the MV Rhône, Vinalmar S.A. of Basle, Switzerland, the MV Rhône *Respondents*

and

The MV Peter A.B. Widener, the owners and operators of the MV Peter A.B. Widener, Seaway Towing Inc. and North Central Maritime Corporation *Respondents*

and between

Great Lakes Towing Company *Appellant*

v.

The MV Peter A.B. Widener, the owners and operators of the MV Peter A.B. Widener, Seaway Towing Inc. and North Central Maritime Corporation *Respondents*

INDEXED AS: RHÔNE (THE) v. PETER A.B. WIDENER (THE)

File Nos.: 21886, 21885.

1992: May 26; 1993: February 25.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Maritime law — Collision — Limitation of liability — Actual fault or privity — Corporate identification — Navigational error by lead tug captain, acting as master of flotilla, causing collision between tow barge and moored ship — Whether corporate tug owners entitled to limit liability — Whether fault of tug master fault of corporation — Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, s. 647(2).

Great Lakes Towing Company *Appelante*

c.

^a **Les propriétaires et exploitants du navire Rhône, Vinalmar S.A. de Bâle (Suisse), le navire Rhône** *Intimés*

^b et

^c **Le navire Peter A.B. Widener, les propriétaires et exploitants du navire Peter A.B. Widener, Seaway Towing Inc. et North Central Maritime Corporation** *Intimés*

et entre

^d

Great Lakes Towing Company *Appelante*

c.

^e **Le navire Peter A.B. Widener, les propriétaires et exploitants du navire Peter A.B. Widener, Seaway Towing Inc. et North Central Maritime Corporation** *Intimés*

^f

RÉPERTORIÉ: RHÔNE (LE) c. PETER A.B. WIDENER (LE)

N^{os} du greffe: 21886, 21885.

^g

1992: 26 mai; 1993: 25 février.

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

^h

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

ⁱ *Droit maritime — Collision — Limitation de responsabilité — Faute ou complicité réelle — Identification à la personne morale — Erreur de navigation commise par le capitaine du remorqueur de tête, qui avait le commandement d'une flottille, à l'origine d'une collision entre la péniche remorquée et un navire amarré — La personne morale propriétaire du remorqueur a-t-elle le droit de limiter sa responsabilité? — La faute du capitaine du remorqueur est-elle celle de la personne morale? — Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, ch. S-9, art. 647(2).*

^j

Maritime law — Collision — Limitation of liability — Appropriate unit of limitation — Navigational error by lead tug captain, acting as master of flotilla, causing collision between tow barge and moored ship — Vessels in flotilla belonging to different shipowners — Whether limitation of liability provisions in Canada Shipping Act applicable to limit lead tug owner's liability — If so, whether all vessels of lead tug owner in flotilla should be taken into account in determining extent of liability — Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, s. 647(2).

The moored ship *Rhône* was struck by the barge *Widener* in the Port of Montréal. They both sustained damage. At the time of the collision, the *Widener* was being towed by four tugs. The *Ohio* was in front of the *Widener*, the *South Carolina* and the *Ste. Marie II* were on either side, and the *Rival* was at the rear. Of the four tugs, only two, the *South Carolina* and the *Ohio*, were owned by Great Lakes. Captain Kelch, on the tug *Ohio*, acted as *de facto* master of the flotilla. His navigational errors, compounded by a malfunction of the *Ohio*'s towing apparatus, caused the collision.

The owners of the *Rhône* sued the barge and the tug owners for damaging their ship and North Central, the owner of the barge, sued Great Lakes for breach of its towage contract. Great Lakes denied liability in both actions and counterclaimed for limitation of liability pursuant to s. 647(2) of the *Canada Shipping Act*. In the Federal Court, Trial Division, in the action commenced by the owners of the *Rhône*, the trial judge apportioned 80 percent of the liability to Great Lakes, based on the negligence of the *South Carolina* and the *Ohio*, and 20 percent to North Central, based on the negligence of the captain of the *Widener* for failing to drop the *Widener*'s own anchor to stop its slide into the *Rhône*. In the action instituted by North Central, the trial judge ordered Great Lakes to pay all of the damages incurred by the *Widener*. Great Lakes' counterclaims for limitation of liability in both actions were dismissed. Great Lakes appealed both decisions. North Central also cross-appealed the trial judge's finding of fault against the *Widener*. The Federal Court of Appeal confirmed the finding of negligence against Captain Kelch on the *Ohio* and against the *Widener* but rejected the assessment of fault against the *South Carolina*, noting that any errors it had made had been pursuant to orders from Captain

Droit maritime — Collision — Limitation de responsabilité — Unité de mesure appropriée pour fixer l'étendue de la limitation — Erreur de navigation commise par le capitaine du remorqueur de tête, qui avait le commandement d'une flottille, à l'origine d'une collision entre la péniche remorquée et un navire amarré — Navires de la flottille appartenant à des propriétaires différents — Les dispositions en matière de limitation de responsabilité que contient la Loi sur la marine marchande du Canada peuvent-elles s'appliquer pour limiter la responsabilité du propriétaire du remorqueur de tête? — Dans l'affirmative, doit-on tenir compte de tous les navires de la flottille appartenant au propriétaire pour déterminer l'étendue de la responsabilité? — Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, ch. S-9, art. 647(2).

Alors qu'il était amarré dans le port de Montréal, le navire *Rhône* a été heurté par la péniche *Widener*. Tous deux ont subi des avaries. Au moment de la collision, le *Widener* était tiré par quatre remorqueurs. L'*Ohio* se trouvait en avant du *Widener*, le *South Carolina* et le *Ste. Marie II*, de chaque côté, et le *Rival*, en arrière. Deux seulement des quatre remorqueurs, le *South Carolina* et l'*Ohio*, appartenaient à Great Lakes. Le capitaine Kelch, à bord du remorqueur *Ohio*, avait le commandement de fait de la flottille. Ce sont ses erreurs de navigation, conjuguées à un bris de l'appareil de remorquage de l'*Ohio*, qui ont entraîné la collision.

La propriétaire du *Rhône* a poursuivi les propriétaires de la péniche et des remorqueurs pour avoir endommagé son navire et North Central, la propriétaire de la péniche, a poursuivi Great Lakes pour violation de son contrat de remorquage. Great Lakes a nié sa responsabilité dans les deux cas et a présenté des demandes reconventionnelles de limitation de responsabilité conformément au par. 647(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Dans l'action intentée par la propriétaire du *Rhône* devant la Section de première instance de la Cour fédérale, le juge de première instance a déclaré Great Lakes responsable à 80 pour 100 en raison de la négligence du *South Carolina* et de l'*Ohio*, et a fixé à 20 pour 100 la part de responsabilité de North Central en raison de la négligence dont le capitaine du *Widener* a fait preuve en ne jetant pas l'ancre afin d'arrêter la dérive du *Widener* vers le *Rhône*. Dans l'action intentée par North Central, le juge de première instance a ordonné à Great Lakes de payer la totalité des dommages subis par le *Widener*. Quant aux demandes reconventionnelles de limitation de responsabilité présentées dans les deux actions par Great Lakes, elles ont été rejetées. Great Lakes a interjeté appel contre les deux décisions. North Central a également interjeté un appel incident contre

Kelch on the *Ohio* and not any negligence on the part of those responsible for her navigation. The court nevertheless maintained the trial judge's overall finding with respect to both the negligence and the apportionment of liability as between Great Lakes and North Central. The court also agreed with the trial judge that Captain Kelch was a directing mind of Great Lakes, at least for the purpose of carrying out Great Lakes' obligations in relation to the tow of the *Widener*. As such, it found Great Lakes was not entitled to limit its liability since the damage did not occur "without its actual fault or privity".

In this Court, Great Lakes challenges the denial of its counterclaims to limit its liability under s. 647(2) of the *Canada Shipping Act*. These appeals raise three issues: (1) Is the captain of Great Lakes' tug *Ohio* a directing mind of Great Lakes by virtue of the fact that he exercised some discretion and performed some non-navigational functions as an incident of his employment? (2) Does s. 647(2) apply to limit Great Lakes' liability with respect to errors committed in the navigation of other vessels within the flotilla not owned by Great Lakes? (3) In the event that Great Lakes is entitled to limit its liability under the *Canada Shipping Act*, what vessels must be taken into account in determining the extent of its liability?

Held (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting in part): The appeals should be allowed. The judgment of the Federal Court of Appeal, in so far as it relates to Great Lakes' inability to limit its liability under s. 647(2) of the *Canada Shipping Act*, is set aside. The unit of limitation for purposes of s. 647(2) should be the tug *Ohio*.

Per La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The collision between the *Rhône* and the

l'imputation de faute au *Widener* par le juge de première instance. La Cour d'appel fédérale a confirmé la conclusion de négligence tirée à l'encontre du capitaine Kelch de l'*Ohio* et à l'encontre du *Widener*, mais elle a rejeté l'imputation de faute au *South Carolina*, en faisant remarquer que toute erreur commise par ce navire l'avait été en exécutant les ordres donnés par le capitaine Kelch à bord de l'*Ohio* et ne résultait d'aucune négligence de la part des personnes chargées de sa navigation. La cour a néanmoins maintenu la conclusion générale du juge de première instance concernant la négligence et le partage de la responsabilité entre Great Lakes et North Central. La cour a aussi convenu avec le juge de première instance que le capitaine Kelch était une âme dirigeante de Great Lakes, tout au moins quant à l'exécution des obligations qu'elle avait relativement au remorquage du *Widener*. Pour cette raison, elle a décidé que Great Lakes n'avait pas droit à une limitation de sa responsabilité puisque les avaries ne s'étaient pas produites «sans qu'il y ait faute ou complicité réelle de sa part».

Devant notre Cour, Great Lakes conteste le rejet des demandes reconventionnelles de limitation de responsabilité qu'elle a présentées en vertu du par. 647(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Ces pourvois soulèvent trois questions: (1) Le capitaine du remorqueur *Ohio* appartenant à Great Lakes est-il une âme dirigeante de cette dernière du fait qu'il a exercé un certain pouvoir discrétionnaire et qu'il a rempli, dans le cadre de son emploi, des fonctions non liées à la navigation? (2) Le paragraphe 647(2) s'applique-t-il de manière à limiter la responsabilité de Great Lakes relativement aux erreurs commises dans la navigation d'autres navires de la flottille qui ne lui appartenaient pas? (3) Dans l'hypothèse où Great Lakes aurait le droit de limiter sa responsabilité en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, de quels navires faut-il tenir compte pour déterminer l'étendue de sa responsabilité?

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes en partie): Les pourvois sont accueillis. L'arrêt de la Cour d'appel fédérale est infirmé en ce qui a trait à l'incapacité de Great Lakes de limiter sa responsabilité aux termes du par. 647(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. L'unité de mesure appropriée pour fixer l'étendue de la limitation de responsabilité aux fins du par. 647(2) est le remorqueur *Ohio*.

Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: La collision entre le *Rhône* et le *Widener* s'est

Widener did not occur with the actual fault or privity of Great Lakes. While Captain Kelch was the master of the *Ohio* at the time of the collision, navigational errors committed by a ship's master, in the course of his duties, do not in themselves give rise to actual fault or privity on the part of the shipowner in the absence of a breach of its duty to supervise the management and navigation of its vessel which is causally linked to the resulting damage. Further, there was no actual fault or privity on the part of Great Lakes on the basis that Captain Kelch was a directing mind of the corporation. The key factor which distinguishes directing minds from normal employees is the capacity to exercise decision-making authority on matters of corporate policy, rather than merely to give effect to such policy on an operational basis, whether at head office or across the sea. While Captain Kelch no doubt had certain decision-making authority on navigational matters as an incident of his role as master of the tug *Ohio* and was given important operational duties, he did not have governing authority over the management and operation of Great Lakes' tugs. The totality of the evidence clearly showed that Captain Kelch was essentially a port captain subject to supervision and direction. Given Captain Kelch's considerable expertise, he was given additional responsibilities, including some non-navigational functions, but they do not denote delegation to him of the governing executive authority over the management and supervision of Great Lakes' fleet. This authority remained with his superior. The fact that his superior may have been lax in his supervision of Captain Kelch does not alter the fact that Kelch was essentially a servant of Great Lakes. Finally, it was not out of the ordinary practice for the captain of the lead tug to act as master of a flotilla. Arranging for additional tugs was also a component of the exercise of navigational responsibilities. In fact, Captain Kelch's extensive authority in navigational matters was not unusual in the trade. The discretion of a master in the performance of his assigned role is a wide one that generally extends to all acts that are usual and necessary for the use and employment of a ship. A master's discretion in navigational matters does not derive from delegation of central authority but from tradition and necessity.

produite sans faute ou complicité réelle de la part de Great Lakes. Même si le capitaine Kelch était aux commandes de l'*Ohio* au moment de l'abordage, les erreurs de navigation commises par le capitaine d'un navire, dans l'exercice de ses fonctions, ne donnent pas naissance en soi à une faute ou à une complicité réelle de la part du propriétaire du navire si ce dernier n'a pas commis de manquement, ayant un lien causal avec les avaries qui ont résulté, à l'obligation qu'il avait de surveiller la conduite et la navigation de son navire. De plus, il n'y avait aucune faute ou complicité réelle de la part de Great Lakes du fait que le capitaine Kelch était une âme dirigeante de la compagnie. Le facteur clé qui permet de distinguer les âmes dirigeantes des employés ordinaires est la capacité d'exercer un pouvoir décisionnel sur les questions de politique générale de la personne morale, plutôt que le simple fait de mettre en œuvre ces politiques dans un cadre opérationnel, que ce soit au siège social ou à l'étranger. Même s'il ne fait aucun doute que le capitaine Kelch détenait en matière de navigation un certain pouvoir décisionnel qui découlait de son rôle de capitaine du remorqueur *Ohio*, et qu'il s'est vu attribuer d'importantes fonctions sur le plan des opérations, il n'était pas investi de l'autorité directrice relative à la conduite et à l'exploitation des remorqueurs de Great Lakes. Il se dégage nettement de l'ensemble de la preuve que le capitaine Kelch était essentiellement un capitaine de port placé sous la surveillance et sous les ordres de quelqu'un d'autre. En raison de sa grande expérience, le capitaine Kelch s'est vu attribuer des responsabilités supplémentaires, dont des fonctions non liées à la navigation. Cependant, ces responsabilités supplémentaires n'indiquent pas qu'on lui a délégué l'autorité directrice en matière de gestion et de surveillance de la flotte de Great Lakes. C'était toujours son supérieur qui était investi de cette autorité. Il se peut que le supérieur du capitaine Kelch ait relâché sa surveillance de ce dernier, mais il n'en demeure pas moins que le capitaine Kelch était essentiellement un préposé de Great Lakes. Enfin, il n'y avait rien d'exceptionnel à ce que le capitaine du remorqueur de tête fasse office de commandant de flottille. Veiller à retenir les services de remorqueurs supplémentaires faisait également partie des fonctions liées à la navigation. En fait, le large pouvoir que détenait le capitaine Kelch en matière de navigation n'était pas inhabituel dans le métier. Le pouvoir discrétionnaire d'un capitaine dans l'exercice de ses fonctions est large et englobe généralement tous les actes qui sont usuels et nécessaires pour l'utilisation d'un navire. Le pouvoir discrétionnaire du capitaine en matière de navigation découle non pas de la délégation du pouvoir central, mais bien de la tradition et de la nécessité.

Section 647(2) of the *Canada Shipping Act* is applicable to limit Great Lakes' liability. Under s. 647(2)(d)(ii), the owner of a ship may limit its liability for damage caused to another vessel through "any other act or omission of any person on board that ship". Great Lakes, as owner of the *Ohio*, may thus limit its liability since the cause of the collision consisted of acts or omissions of Captain Kelch on board the *Ohio*. Interpreting s. 647(2) in this manner to limit Great Lakes' liability accords not only with the clear words of the statute but also with the purpose underlying this section—namely, removing the threat of unlimited liability to a shipowner.

All the vessels within a flotilla belonging to an impugned shipowner need not be taken into account in determining the extent of that shipowner's liability. The intent of s. 647(2) of the *Canada Shipping Act* is to limit liability for navigational errors according only to the tonnage of those vessels causing the alleged damage. Apart from the vessel responsible for the overall navigation of a flotilla, only those vessels of the same shipowner which physically caused or contributed to the resulting damage form the unit for which liability is limited. Here, the appropriate unit of limitation under s. 647(2) is the tonnage of the tug *Ohio* alone. The *South Carolina* was absolved of any fault. Only the *Ohio* and the *Widener* were found to have been negligent. It does not appear from the findings of the courts below that the *South Carolina* physically contributed to the collision in any manner. The resulting damage to the *Widener* and the *Rhône* would have arisen notwithstanding the *South Carolina*'s role. In light of these facts, the *South Carolina* cannot be held to be a "guilty" vessel or part of the "wrongdoing mass". It would be stretching the principles of causation beyond their proper limits to hold a vessel not physically causing the impugned damage nor responsible for the navigation of the vessel which in fact physically caused the damage to be part of the "wrongdoing mass".

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting in part): Both the *Ohio* and the *South Carolina* should be considered in determining the amount of the limitation of liability under s. 647(2) of the *Canada Shipping Act*. In cases of navigational error affecting the conduct of a flotilla, all the vessels owned by the party responsi-

Le paragraphe 647(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* est applicable pour limiter la responsabilité de Great Lakes. Aux termes du sous-al. 647(2)(d)(ii), le propriétaire d'un navire peut limiter sa responsabilité à l'égard des avaries causées à un autre navire par «quelque autre acte ou omission de la part d'une personne à bord [de ce] navire». Great Lakes, en sa qualité de propriétaire de l'*Ohio*, peut donc limiter sa responsabilité étant donné que la cause de la collision consistait en des actes ou en des omissions du capitaine Kelch à bord de l'*Ohio*. Interpréter ainsi le par. 647(2) de manière à limiter la responsabilité de Great Lakes est conforme non seulement aux termes clairs de la Loi, mais aussi à l'objet qui sous-tend ce paragraphe, qui est de dissiper la menace que la responsabilité illimitée représente pour un propriétaire de navire.

Il n'est pas nécessaire que tous les navires d'une flotille qui appartiennent au propriétaire visé entrent en ligne de compte pour déterminer l'étendue de la responsabilité de ce propriétaire de navire. Le paragraphe 647(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* vise à limiter la responsabilité à l'égard d'erreurs de navigation uniquement en fonction de la jauge des navires qui auraient causé l'avarie. Outre le navire responsable de la navigation générale d'une flotille, seuls les navires du même propriétaire qui ont matériellement causé ou contribué à causer l'avarie peuvent entrer en ligne de compte pour limiter la responsabilité. En l'espèce, l'unité de mesure appropriée pour fixer l'étendue de la limitation de responsabilité en vertu du par. 647(2) est la jauge du remorqueur *Ohio* seulement. Le *South Carolina* a été déchargé de toute faute. Seuls l'*Ohio* et le *Widener* ont été jugés négligents. Il ne ressort pas des constatations des juridictions inférieures que le *South Carolina* a d'aucune manière contribué matériellement à la collision. Les avaries causées au *Widener* et au *Rhône* se seraient produites indépendamment du rôle joué par le *South Carolina*. Compte tenu de ces faits, le *South Carolina* ne saurait être considéré comme un navire «coupable» ni comme faisant partie de la «masse fautive». Ce serait sortir les principes de la causalité du cadre qui leur est propre que de déclarer partie de la «masse fautive» un navire qui n'a pas matériellement causé les avaries en question et qui n'était pas responsable de la navigation du navire qui les a effectivement causées matériellement.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidentes en partie): Il y a lieu de tenir compte et de l'*Ohio* et du *South Carolina* pour déterminer le montant de la limitation de responsabilité selon le par. 647(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Dans les cas où il y a erreur de navigation touchant la conduite d'une flotille,

ble for the error which are affected by the error, whether involved directly in the accident or contributing causally to the accident, should be considered for purposes of determining the maximum liability of that party.

This conclusion accords with the traditional Canadian “aggregate tonnage” approach, an approach compatible with the wording and purpose of s. 647(2). There is no requirement in s. 647(2)(d)(i) that the ship itself have been “negligent”, nor that the negligent navigator have been on board the ship which is used for purposes of the limitation. All that is required is that there have been an act or omission in relation to the navigation or management of a ship. This language is broad enough to encompass the misdirection of a tow, and thus supports the Canadian approach that, in the context of this case, the tonnage of both tugs owned by Great Lakes should be considered for purposes of determining the limitation on liability. The fault of misnavigation of a flotilla cannot realistically be confined to a single vessel since it affects all the vessels which are involved in directing the barge. The fact that the navigator happens to be standing on one vessel or the other is incidental; what is essential is the direction which caused the various vessels to act as they did. Here, the navigation mistakes caused all the tugs, including the *South Carolina*, to move the barge too quickly. That movement, exacerbated by the mechanical malfunction on the *Ohio*, caused the collision. The *South Carolina* thus physically contributed to the collision and the loss. Finally, the policy basis of the enactment of statutory liability limitations for shipowners, including the limitation in the *Canada Shipping Act*, is the promotion of shipping by limiting the potentially ruinous risk that would otherwise be faced by shipowners. A shipowner’s potential liability is limited to a value based on the assets which have been devoted by the shipowner to the operation in question. The owner’s assets employed in the operation being higher, the amount of the limitation should proportionately be higher, if the purpose of the section is to be respected.

Section 647(2) is an extraordinary provision, operating in derogation of the usual rights of recovery for negligence causing damage to others. Unless it is clear that the limitation should be reduced to a portion of the owner’s assets involved in the collision, all the assets should be considered; the courts should derogate from the usual

tous les navires appartenant à la partie responsable de l’erreur qui sont touchés par cette erreur, peu importe qu’ils soient impliqués directement dans l’accident ou qu’ils y aient contribué, devraient être pris en considération pour déterminer la responsabilité maximale de cette partie.

Cette conclusion s’accorde avec la méthode canadienne traditionnelle de la «jauge totale», qui est compatible avec le texte et l’objet du par. 647(2). Le sous-alinéa 647(2)d(i) n’exige pas que le navire lui-même ait été «négligent», ni que le navigateur négligent ait été à bord du navire qui est utilisé pour déterminer la limitation de responsabilité. Tout ce qu’il faut, c’est qu’il y ait eu un acte ou une omission relativement à la navigation ou à la conduite d’un navire. Ce langage est assez général pour comprendre la mauvaise conduite d’un bâtiment remorqué et vient ainsi appuyer la position canadienne selon laquelle, dans le contexte de la présente affaire, il y a lieu de tenir compte de la jauge des deux remorqueurs de Great Lakes pour déterminer la limitation de responsabilité. La faute de la mauvaise navigation d’une flotille ne saurait réalistement se limiter à un seul navire, étant donné qu’elle touche tous les navires qui contribuent à diriger la péniche. Que le navigateur se trouve sur l’un ou l’autre navire est d’importance secondaire; l’essentiel, c’est la directive qui a amené les différents navires à agir comme ils l’ont fait. Les erreurs de navigation commises en l’espèce ont amené tous les remorqueurs, y compris le *South Carolina*, à déplacer la péniche trop rapidement. Ce mouvement, accentué par le bris mécanique survenu sur l’*Ohio*, a entraîné la collision. Le *South Carolina* a donc contribué matériellement à la collision et à la perte. Enfin, l’adoption de limitations légales de la responsabilité des propriétaires de navires, y compris la limitation prévue dans la *Loi sur la marine marchande du Canada*, vise en principe à promouvoir le transport maritime en limitant les risques éventuels de ruine auxquels les propriétaires de navires seraient exposés sans cela. La responsabilité éventuelle du propriétaire d’un navire est limitée à une valeur fondée sur l’actif que le propriétaire du navire a affecté à l’opération en question. L’actif du propriétaire utilisé dans l’opération étant plus élevé, le montant de la limitation devrait être proportionnellement plus élevé, si on veut respecter l’objet de l’article.

Le paragraphe 647(2) est une disposition d’exception, qui déroge aux droits ordinaires d’obtenir des dommages-intérêts en cas de négligence causant des dommages à autrui. À moins qu’il ne soit clair que la limitation devrait être ramenée à une partie de l’actif du propriétaire impliqué dans la collision, tout l’actif

rights of recovery only to the extent that the language and the purpose of the provision clearly so require.

devrait être pris en considération; les tribunaux devraient déroger aux droits ordinaires d'obtenir des dommages-intérêts seulement dans la mesure où le texte et l'objet de la disposition l'exigent clairement.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Considered: *London Dredging Co. v. Greater London Council (The Sir Joseph Rawlinson)*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 437; *The Bramley Moore*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 429; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *The Ran; The Graygarth*, [1922] P. 80; *The Harlow*, [1922] P. 175; *The Freden* (1950), 83 Ll. L. Rep. 427; *Owners of the M.S. Pacific Express v. The Tug Salvage Princess*, [1949] Ex. C.R. 230; *Monarch Towing & Trading Co. v. British Columbia Cement Co.*, [1957] S.C.R. 816; **distinguished:** *The Alvah H. Boushell*, 38 F.2d 980 (1930); **referred to:** *The Lady Gwendolen*, [1965] 1 Lloyd's Rep. 335; *Grand Champion Tankers Ltd. v. Norpipe A/S (The Marion)*, [1984] 2 All E.R. 343; *Northern Fishing Co. (Hull), Ltd. v. Eddom (The Norman)*, [1960] 1 Lloyd's Rep. 1; *Wishing Star Fishing Co. v. The B.C. Baron*, [1988] 2 F.C. 325; *Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass*, [1972] A.C. 153; *Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705 (H.L.), aff'g [1914] 1 K.B. 419 (C.A.); *Paterson Steamships, Ltd. v. Robin Hood Mills, Ltd. (The Thordoc)* (1937), 58 Ll. L. Rep. 33; *British Columbia Telephone Co. v. Marpole Towing Ltd.*, [1971] S.C.R. 321; *H. L. Bolton (Engineering) Co. v. T. J. Graham & Sons Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 159; *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662; *Continental Bank of Canada v. Riedel International Inc.* (1991), 78 D.L.R. (4th) 232; *The Garden City*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 382; *Société anonyme des minerais v. Grant Trading Inc. (The Ert Stefanie)*, [1989] 1 Lloyd's Rep. 349; *Grant v. Norway* (1851), 20 L.J.C.P. 93; *Robertson v. Owners of the Ship Maple Prince*, [1955] Ex. C.R. 225.

By McLachlin J. (dissenting in part)

The Ran; The Graygarth, [1922] P. 80; *Owners of the M.S. Pacific Express v. The Tug Salvage Princess*, [1949] Ex. C.R. 230; *Monarch Towing & Trading Co. v. British Columbia Cement Co.*, [1957] S.C.R. 816; *The Bramley Moore*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 429; *London Dredging Co. v. Greater London Council (The Sir Joseph Rawlinson)*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 437; *The Alvah H. Boushell*, 38 F.2d 980 (1930); *The Borden-town*, 40 F. 682 (1889); *The Anthracite*, 168 F. 693

a

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

b

Arrêts examinés: *London Dredging Co. c. Greater London Council (The Sir Joseph Rawlinson)*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 437; *The Bramley Moore*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 429; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *The Ran; The Graygarth*, [1922] P. 80; *The Harlow*, [1922] P. 175; *The Freden* (1950), 83 Ll. L. Rep. 427; *Owners of the M.S. Pacific Express c. The Tug Salvage Princess*, [1949] R.C. de l'É. 230; *Monarch Towing & Trading Co. c. British Columbia Cement Co.*, [1957] R.C.S. 816; **distinction d'avec l'arrêt:** *The Alvah H. Boushell*, 38 F.2d 980 (1930); **arrêts mentionnés:** *The Lady Gwendolen*, [1965] 1 Lloyd's Rep. 335; *Grand Champion Tankers Ltd. c. Norpipe A/S (The Marion)*, [1984] 2 All E.R. 343; *Northern Fishing Co. (Hull), Ltd. c. Eddom (The Norman)*, [1960] 1 Lloyd's Rep. 1; *Wishing Star Fishing Co. c. Le B.C. Baron*, [1988] 2 C.F. 325; *Tesco Supermarkets Ltd. c. Natrass*, [1972] A.C. 153; *Lennard's Carrying Co. c. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705 (H.L.); conf. [1914] 1 K.B. 419 (C.A.); *Paterson Steamships, Ltd. c. Robin Hood Mills, Ltd. (The Thordoc)* (1937), 58 Ll. L. Rep. 33; *British Columbia Telephone Co. c. Marpole Towing Ltd.*, [1971] R.C.S. 321; *H. L. Bolton (Engineering) Co. c. T. J. Graham & Sons Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 159; *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662; *Continental Bank of Canada c. Riedel International Inc.* (1991), 78 D.L.R. (4th) 232; *The Garden City*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 382; *Société anonyme des minerais c. Grant Trading Inc. (The Ert Stefanie)*, [1989] 1 Lloyd's Rep. 349; *Grant c. Norway* (1851), 20 L.J.C.P. 93; *Robertson c. Owners of the Ship Maple Prince*, [1955] R.C. de l'É. 225.

c

Citée par le juge McLachlin (dissidente en partie)

d

The Ran; The Graygarth, [1922] P. 80; *Owners of the M.S. Pacific Express c. The Tug Salvage Princess*, [1949] R.C. de l'É. 230; *Monarch Towing & Trading Co. c. British Columbia Cement Co.*, [1957] R.C.S. 816; *The Bramley Moore*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 429; *London Dredging Co. c. Greater London Council (The Sir Joseph Rawlinson)*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 437; *The Alvah H. Boushell*, 38 F.2d 980 (1930); *The Borden-town*, 40 F. 682 (1889); *The Anthracite*, 168 F. 693

e

f

g

h

(1909), *certiorari* denied, 214 U.S. 522 (1909); *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802.

Statutes and Regulations Cited

Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, ss. 647(2), 649.

Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, ss. 575(1), 577.

Authors Cited

Donovan, James J. "The Origins and Development of Limitation of Shipowners' Liability" (1979), 53 *Tul. L. Rev.* 999.

Ewaschuk, E. G. "Corporate Criminal Liability and Related Matters" (1975), 29 C.R.N.S. 44.

Gilmore, Grant, and Charles L. Black, Jr. *The Law of Admiralty*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1975.

Hill, Christopher. *Maritime Law*, 3rd ed. London: Lloyd's of London Press, 1989.

Jones, Walter W. "Flotilla or Several Vessels of Same Owner as Liable Under Federal Statute Providing for Limitation of Shipowner's Liability (46 USC § 183(a))" (1971), 9 A.L.R. Fed. 768.

Kovats, L. J. *The Law of Tugs and Towage*. Chichester: Rose, 1980.

Marsden, Reginald G. *The Law of Collisions at Sea*, 11th ed. By Kenneth C. McGuffie. London: Stevens & Sons, 1961.

Muir, I. A. "Tesco Supermarkets, Corporate Liability and Fault" (1973), 5 *N.Z.U. L. Rev.* 357.

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 3 F.C. 185, 106 N.R. 113, 67 D.L.R. (4th) 646, affirming in part a judgment of Denault J. (1988), 18 F.T.R. 81. Appeals allowed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting in part.

Marc Nadon and George J. Pollack, for the appellant.

Edouard Baudry, for the respondents.

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

(1909), *certiorari* refusé, 214 U.S. 522 (1909); *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802.

Lois et règlements cités

Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, ch. S-9, art. 647(2), 649.

Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 575(1), 577.

Doctrine citée

Donovan, James J. «The Origins and Development of Limitation of Shipowners' Liability» (1979), 53 *Tul. L. Rev.* 999.

Ewaschuk, E. G. «Corporate Criminal Liability and Related Matters» (1975), 29 C.R.N.S. 44.

Gilmore, Grant, and Charles L. Black, Jr. *The Law of Admiralty*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1975.

Hill, Christopher. *Maritime Law*, 3rd ed. London: Lloyd's of London Press, 1989.

Jones, Walter W. «Flotilla or Several Vessels of Same Owner as Liable Under Federal Statute Providing for Limitation of Shipowner's Liability (46 USC § 183(a))» (1971), 9 A.L.R. Fed. 768.

Kovats, L. J. *The Law of Tugs and Towage*. Chichester: Rose, 1980.

Marsden, Reginald G. *The Law of Collisions at Sea*, 11th ed. By Kenneth C. McGuffie. London: Stevens & Sons, 1961.

Muir, I. A. «Tesco Supermarkets, Corporate Liability and Fault» (1973), 5 *N.Z.U. L. Rev.* 357.

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 3 C.F. 185, 106 N.R. 113, 67 D.L.R. (4th) 646, qui a confirmé en partie un jugement du juge Denault (1988), 18 F.T.R. 81. Pourvois accueillis, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes en partie.

Marc Nadon et George J. Pollack, pour l'appelante.

Edouard Baudry, pour les intimés.

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

IACOBUCCI J.—These appeals require this Court to consider the limitation of liability provisions within the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1970, c. S-9, allowing a shipowner to limit its liability for damages caused to other vessels occurring without the shipowner's actual fault or privity. More specifically, this Court must determine whether the appellant is entitled to limit its liability for the negligence of its employee in directing the navigation of a flotilla and, if so, the appropriate unit of limitation.

I. Facts

On November 7, 1980, the moored ship, *Rhône*, owned by the respondent Vinalmar S.A. ("Vinalmar"), was struck by the barge, *Peter A.B. Widener* ("Widener"), at the Port of Montréal. The *Rhône* sustained damages in the agreed amount of \$88,357.89, while the damages to the *Widener* were set at \$49,200.

The *Widener*, owned by the respondent North Central Maritime Corporation ("North Central"), is a "dumb" barge, so called because it relies on tug boats for its movements. At the time of the casualty, the *Widener* was commanded by Captain Lyons and was being towed by four tugs. Two of these, the *South Carolina* and the *Ohio*, were owned by the appellant, Great Lakes Towing Company ("Great Lakes"). Two others, the *Ste. Marie II* and the *Rival* were owned by the respondent North Central, and McAllister Towing & Salvage Ltd., respectively.

The towage of the *Widener* had been arranged through an oral contract between North Central and Great Lakes and involved its towage from Duluth, Minnesota, to the Port of Montréal. Captain Kelch, master of the Great Lakes' tug *Ohio*, acted as *de facto* master of the flotilla.

On the day of the collision in question, the *Ohio* was in front of the *Widener*, the *South Carolina* and the *Ste. Marie II* were on either side, and the

LE JUGE IACOBUCCI—La Cour est appelée dans les présents pourvois à examiner les dispositions de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1970, ch. S-9, qui permettent au propriétaire d'un navire de limiter sa responsabilité à l'égard des avaries causées à d'autres navires sans qu'il y ait faute ou complicité réelle de la part dudit propriétaire. Plus précisément, notre Cour doit décider si l'appelante a le droit de limiter sa responsabilité pour la négligence dont son employé a fait preuve en dirigeant la navigation d'une flottille et, dans l'affirmative, quelle est l'unité de mesure appropriée aux fins de fixer l'étendue de la limitation.

I. Les faits

Le 7 novembre 1980, alors qu'il était amarré dans le port de Montréal, le navire *Rhône*, propriété de l'intimée Vinalmar S.A. («Vinalmar»), a été heurté par la péniche *Peter A.B. Widener* («Widener»). Le *Rhône* a subi, a-t-on convenu, pour 88 357,89 \$ d'avaries, tandis que les avaries ont été évaluées à 49 200 \$ dans le cas du *Widener*.

Le *Widener*, propriété de l'intimée North Central Maritime Corporation («North Central»), est une péniche dite «non propulsée» parce qu'elle doit se déplacer à l'aide de remorqueurs. Au moment de l'accident, le *Widener*, commandé par le capitaine Lyons, était tiré par quatre remorqueurs, dont deux, le *South Carolina* et l'*Ohio*, appartenaient à l'appelante Great Lakes Towing Company («Great Lakes»). Les deux autres, le *Ste. Marie II* et le *Rival*, appartenaient respectivement à l'intimée North Central et à McAllister Towing & Salvage Ltd.

Le remorquage du *Widener* avait été organisé au moyen d'un contrat oral intervenu entre North Central et Great Lakes, et il s'agissait de le remorquer de Duluth (Minnesota) jusqu'au port de Montréal. Le capitaine Kelch aux commandes du remorqueur *Ohio* de Great Lakes avait le commandement de fait de la flottille.

Le jour de la collision en cause, l'*Ohio* se trouvait en avant du *Widener*, le *South Carolina* et le *Ste. Marie II*, de chaque côté, et le *Rival*, en

Rival was at the rear. Owing to navigational errors made by Captain Kelch relating to the speed at which the flotilla was travelling and the point at which they turned around St. Helen's Island and proceeded up river against the St. Mary's current, the *Widener* began to move off course as the flotilla entered the Port of Montréal. The tugs attempted to compensate for this but the *Ohio*'s towing apparatus malfunctioned and the *Widener* began to drift towards the *Rhône*. Despite attempts to correct the *Widener*'s angle of drift, the *Widener* collided with the *Rhône*.

As a result of this mishap, two actions were commenced. In the first, the owners of the *Rhône*, the respondent Vinalmar, sued everyone involved—the barge owner and tug owners—for damaging their ship. In the second, the owners of the *Widener*, the respondent North Central, sued the appellant Great Lakes for breach of its contract of towage. Great Lakes denied liability in both actions and counterclaimed for limitation of liability pursuant to s. 647(2) of the *Canada Shipping Act*.

The two actions were joined for trial. In the action commenced by the owners of the *Rhône*, Denault J. apportioned 80 percent of the liability to Great Lakes, based on the negligence of the *South Carolina* and the *Ohio*, and 20 percent to the respondent, North Central, based on the negligence of Captain Lyons, captain of the *Widener*, for failing to drop the *Widener*'s own anchor to stop its slide into the *Rhône*. In the action instituted by North Central, Denault J. ordered Great Lakes to pay all of the damages incurred by the *Widener*. Great Lakes' counterclaims for limitation of liability in both actions were dismissed.

Great Lakes appealed both decisions. North Central, the owners of the *Widener*, also cross-appealed the trial judge's finding of fault against the *Widener*. Although the Federal Court of Appeal disagreed with certain findings made by

arrière. En raison d'erreurs de navigation commises par le capitaine Kelch relativement à la vitesse de navigation de la flottille et quant à l'endroit où ils ont contourné l'Île Ste-Hélène et remonté le courant Ste-Marie, le *Widener* a commencé à dévier au moment où la flottille entrait dans le port de Montréal. Les remorqueurs ont tenté une manœuvre correctrice, mais l'appareil de remorquage de l'*Ohio* s'est détraqué et le *Widener* s'est mis à dériver vers le *Rhône*. En dépit des efforts déployés pour rectifier l'angle de dérive du *Widener*, celui-ci est entré en collision avec le *Rhône*.

Cette mésaventure est à l'origine de deux actions en justice. Dans la première, la propriétaire du *Rhône*, l'intimée Vinalmar, a poursuivi, pour avoir endommagé son navire, tous ceux impliqués dans l'accident, soit la propriétaire de la péniche et les propriétaires des remorqueurs. Dans la seconde, la propriétaire du *Widener*, l'intimée North Central, a poursuivi l'appelante Great Lakes pour violation de son contrat de remorquage. Great Lakes a nié sa responsabilité dans les deux cas et a présenté des demandes reconventionnelles de limitation de responsabilité conformément au par. 647(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

Les deux actions ont été jointes aux fins de l'instruction. Dans celle intentée par la propriétaire du *Rhône*, le juge Denault a déclaré Great Lakes responsable à 80 pour 100 en raison de la négligence du *South Carolina* et de l'*Ohio*, et a fixé à 20 pour 100 la part de responsabilité de l'intimée North Central en raison de la négligence dont le capitaine Lyons, aux commandes du *Widener*, a fait preuve en ne jetant pas l'ancre afin d'arrêter la dérive du *Widener* vers le *Rhône*. Dans l'action intentée par North Central, le juge Denault a ordonné à Great Lakes de payer la totalité des dommages subis par le *Widener*. Quant aux demandes reconventionnelles de limitation de responsabilité présentées dans les deux actions par Great Lakes, elles ont été rejetées.

Great Lakes a interjeté appel contre les deux décisions. North Central, propriétaire du *Widener*, a interjeté un appel incident contre l'imputation de faute au *Widener* par le juge de première instance. La Cour d'appel fédérale, bien que ne souscrivant

Denault J., it nevertheless maintained his overall finding with respect to both the negligence and the apportionment of liability as between Great Lakes and North Central. It agreed with Denault J. that Captain Kelch was a directing mind of Great Lakes, at least for the purpose of carrying out Great Lakes' obligations in relation to the tow of the *Widener*. As such, it found Great Lakes was not entitled to limit its liability since the damage did not occur "without [its] actual fault or privity".

pas à certaines conclusions du juge Denault, a néanmoins maintenu sa conclusion générale concernant la négligence et le partage de la responsabilité entre Great Lakes et North Central. Elle a convenu avec le juge Denault que le capitaine Kelch était une âme dirigeante de Great Lakes, tout au moins quant à l'exécution des obligations qu'elle avait relativement au remorquage du *Widener*. Pour cette raison, elle a décidé que Great Lakes n'avait pas droit à une limitation de sa responsabilité puisque les avaries ne s'étaient pas produites «sans qu'il y ait faute ou complicité réelle de sa part».

As both appeals to this Court involve the same parties, facts, issues, and reasons in the courts below, I propose to deal with both through a single set of reasons. In both actions, the appellant, Great Lakes, challenges the denial of its counterclaims to limit its liability under s. 647(2) of the *Canada Shipping Act* submitting that Captain Kelch was not a directing mind of the company. It therefore contends that it should be entitled to limit its liability on the basis of the tonnage of the tug *Ohio*. However, if this Court finds the courts below erred in holding the resulting damage to the *Widener* and *Rhône* did not occur "without [the] actual fault or privity" of Great Lakes, the respondents submit that s. 647(2) is of no avail to Great Lakes in any event or, alternatively, that liability should be limited according to the combined tonnage of its tugs, the *Ohio* and *South Carolina*.

Comme les deux pourvois devant notre Cour mettent en cause les mêmes parties et concernent les mêmes faits, les mêmes questions litigieuses et les mêmes motifs des juridictions inférieures, je me propose de statuer sur les deux au moyen d'une seule série de motifs. Dans les deux actions, Great Lakes conteste le rejet des demandes reconventionnelles de limitation de responsabilité qu'elle a présentées en vertu du par. 647(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, en faisant valoir que le capitaine Kelch n'était pas une des âmes dirigeantes de la compagnie. Elle prétend donc qu'elle devrait avoir droit à une limitation de sa responsabilité, fondée sur la jauge du remorqueur *Ohio*. Cependant, les intimés prétendent que, si notre Cour statue que les juridictions inférieures ont commis une erreur en concluant que les avaries subies par le *Widener* et le *Rhône* ne se sont pas produites «sans qu'il y ait faute ou complicité réelle» de la part de Great Lakes, le par. 647(2) ne lui est d'aucune utilité ou, subsidiairement, que la responsabilité devrait être limitée en fonction de la jauge totale de ses remorqueurs l'*Ohio* et le *South Carolina*.

II. Relevant Statutory Authority

Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9

647. . . .

i II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, ch. S-9

647. . . .

(2) The owner of a ship, whether registered in Canada or not, is not, where any of the following events occur without his actual fault or privity, namely,

(d) where any loss or damage is caused to any property, other than property described in paragraph *(b)*, or any rights are infringed through

(i) the act or omission of any person, whether on board that ship or not, in the navigation or management of the ship, in the loading, carriage or discharge of its cargo or in the embarkation, carriage or disembarkation of its passengers, or

(ii) any other act or omission of any person on board that ship;

liable for damages beyond the following amounts, namely,

(f) in respect of any loss or damage to property or any infringement of any rights mentioned in paragraph *(d)*, an aggregate amount equivalent to 1,000 gold francs for each ton of that ship's tonnage.

649. (1) Sections 647 and 648 extend and apply to

any person acting in the capacity of master or member of the crew of a ship and to any servant of the owner or of any person described in paragraphs *(a)* to *(c)* where any of the events mentioned in paragraphs 647(2)(*a*) to *(d)* occur, whether with or without his actual fault or privity.

(2) The limits set by section 647 to the liabilities of all persons whose liability is limited by section 647 and subsection (1) of this section arising out of a distinct occasion on which any of the events mentioned in paragraphs 647(2)(*a*) to *(d)* occurred apply to the aggregate of such liabilities incurred on that occasion.

(Now R.S.C., 1985, c. S-9, ss. 575(1)(*d*), (*f*), and 577.)

(2) Le propriétaire d'un navire, immatriculé ou non au Canada, n'est pas, lorsque l'un quelconque des événements suivants se produit sans qu'il y ait faute ou complicité réelle de sa part, savoir:

d) avarie ou perte de biens, autres que ceux qui sont mentionnés à l'alinéa *b)*, ou violation de tout droit

(i) par l'acte ou l'omission de toute personne, qu'elle soit ou non à bord du navire, dans la navigation ou la conduite du navire, le chargement, le transport ou le déchargement de sa cargaison, ou l'embarquement, le transport ou le débarquement de ses passagers, ou

(ii) par quelque autre acte ou omission de la part d'une personne à bord du navire;

responsable des dommages-intérêts au-delà des montants suivants, savoir:

f) à l'égard de toute avarie ou perte de biens ou de toute violation des droits dont fait mention l'alinéa *d)*, un montant global équivalant à 1,000 francs-or pour chaque tonneau de jauge du navire.

649. (1) Les articles 647 et 648 s'étendent et s'appliquent

à toute personne agissant en qualité de capitaine ou à tout membre de l'équipage d'un navire et à tout employé du propriétaire ou de toute personne dont font mention les alinéas *a)* à *c)* lorsque l'un quelconque des événements mentionnés aux alinéas 647(2)*a)* à *d)* se produit, qu'il y ait ou non faute ou complicité réelle de leur part.

(2) Les limites que l'article 647 impose aux obligations de toutes les personnes dont la responsabilité est restreinte par l'article 647 et le paragraphe (1) du présent article, qui découlent d'une occasion distincte où est survenu l'un ou l'autre des événements mentionnés aux alinéas 647(2)*a)* à *d)*, s'appliquent à l'ensemble desdites obligations encourues à cette occasion.

(Maintenant L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 575(1)*d*), *f*), et 577.)

III. Judgments in the Courts Below

Federal Court, Trial Division (1988), 18 F.T.R. 81

Denault J. had no trouble in concluding that Captain Kelch, as captain of the *Ohio*, conducted the flotilla in a negligent manner. Kelch had personal knowledge that the turn around St. Helen's Island at the entrance to the Port of Montréal would be a difficult one because he had run into trouble there the year before while towing another vessel. He was aware that the current at that point was fast and had actually agreed the night before with Captain Lyons of the *Widener* that they would make the turn at a less precarious place. In fact, he had notified Captain Lloyd, vice-president of operations of Great Lakes, that he was calling in a fourth tug (the *Rival*) to assist in the turn precisely because he was concerned about the difficulties involved. While Denault J. did not fault Kelch for his arrangement of the tugs, he found Kelch negligent in having them enter the turn at full speed so that they had little power to respond to deviations in the course of the tow. He further found Kelch negligent in failing to communicate adequately with the other tugs. In this regard, Denault J. made the following finding of fault (at pp. 103-4):

However, the greatest part of the liability must of necessity rest with the lead tug, the "Ohio", its master and owners. The lack of preparation which was apparent in the organization and conduct of this voyage, the haste shown by Capt. Kelch to get into the Port of Montréal, the flagrant lack of communication between the masters both before the turn at the Ile Ste-Hélène buoy and while they were proceeding back up the river, the decision to turn at that location, their return speed, are all factors which helped to make the accident inevitable. Furthermore, the mechanical breakdown on the tug, which had been the subject of extreme tension, cannot serve to exonerate the owners of the "Ohio" in respect of the "Rhône".

Denault J. also found the *South Carolina* failed to discharge its burden in establishing that it had

III. Les juridictions inférieures

La Cour fédérale, Section de première instance (1988), 18 F.T.R. 81

Le juge Denault n'a pas eu de mal à conclure que le capitaine Kelch, en sa qualité de capitaine de l'*Ohio*, a fait preuve de négligence dans la conduite de la flottille. Kelch savait personnellement que le virage autour de l'Île Ste-Hélène à l'entrée du port de Montréal serait difficile parce qu'il y avait connu des ennuis l'année précédente lors du remorquage d'un autre navire. Il savait que le courant était rapide à cet endroit et avait même convenu, la nuit précédente, avec le capitaine Lyons du *Widener* d'effectuer le virage à un endroit moins dangereux. En fait, il avait informé le capitaine Lloyd, vice-président chargé des opérations de Great Lakes, de son intention de faire appel à un quatrième remorqueur (le *Rival*) pour l'aider à effectuer le virage, précisément en raison de son inquiétude face aux difficultés que présentait cette manœuvre. Bien que le juge Denault n'ait pas critiqué Kelch en ce qui concerne la façon dont il avait disposé les remorqueurs, il a conclu qu'il avait fait preuve de négligence en leur faisant prendre le virage à toute vapeur et en leur laissant ainsi peu de puissance pour réagir aux déviations du bâtiment remorqué. Il a en outre conclu qu'il avait fait preuve de négligence en ne communiquant pas adéquatement avec les autres remorqueurs. À cet égard, le juge Denault a fait l'imputation suivante de faute (aux pp. 103 et 104):

Mais la plus grande part de responsabilité incombe nécessairement au remorqueur de tête, l'«Ohio», son capitaine et ses propriétaires. L'improvisation dont on a fait preuve dans l'organisation et au cours de ce voyage, l'empressement démontré par le capitaine Kelch pour entrer dans le port de Montréal, le manque de communication flagrant entre les capitaines tant avant de virer à la bouée de l'Île Ste-Hélène que durant la remontée du fleuve, la décision de tourner à cet endroit, la vitesse de remontée, sont tous autant de facteurs qui ont contribué à rendre l'accident inévitable. Par ailleurs, le bris mécanique survenu à la remorque qui était l'objet d'une tension extrême ne peut servir à disculper les propriétaires du «Ohio» à l'égard du «Rhône».

Le juge Denault a également conclu que le *South Carolina* ne s'était pas acquitté de son obli-

not been at fault. Moreover, he held the captain of the *Widener* was negligent for failing to communicate with the *Ohio* as the accident developed and in not dropping the barge's anchor on his own initiative. He apportioned 80 percent of the liability ^a to Great Lakes and 20 percent to North Central.

Denault J. proceeded to consider the question of limitation of liability under s. 647(2). He analyzed the organization of Great Lakes and essentially found that the directing minds of Great Lakes were represented by Captains Lloyd and Kelch, as well ^c as Joseph White, who was responsible for the maintenance and repairs for its fleet. He noted that, while Captain Lloyd had plenary responsibility for operational matters, he had delegated significant responsibility over the tug *Ohio* to Kelch. In particular, he observed that Kelch was responsible for anything relating to the navigation of the *Ohio*, including the provision of maritime maps and ensuring that all necessary items were on board the tug. He also highlighted that, by Lloyd's own admission, Kelch was part of the company's management and that Kelch himself viewed his many duties as making him a representative of Great Lakes. In terms of this particular voyage, Denault ^f J. noted that, apart from preliminary measures taken care of by Lloyd, all navigational decisions were Kelch's responsibility. Therefore, while Kelch referred to Lloyd for authority to retain a fourth tug, Denault J. viewed this merely as a formality to cover the financial aspects of the matter. The decision whether to retain an additional tug rested with Kelch.

Denault J. also found that the breakdown of the towing equipment had to be attributed to the negligence of Great Lakes in maintaining its equipment. Moreover, he was particularly concerned by the fact that Lloyd had not been aware that Kelch had elected to act as master of the flotilla and, as a ^j matter of practice, did not check whether Great

gation d'établir l'absence de faute de sa part. De plus, il a conclu que le capitaine du *Widener* avait fait preuve de négligence en ne communiquant pas avec l'*Ohio* au moment où l'accident allait se produire et en ne prenant pas l'initiative de jeter l'ancre de la péniche. Le juge Denault a imputé 80 pour 100 de la responsabilité à Great Lakes et 20 pour 100 à North Central.

^b Le juge Denault a ensuite examiné la question de la limitation de responsabilité en application du par. 647(2). Il a analysé l'organisation de Great Lakes et a conclu essentiellement que ses âmes dirigeantes étaient les capitaines Lloyd et Kelch, ainsi que Joseph White, qui était chargé de l'entretien et des réparations de la flotte de Great Lakes. Il a fait remarquer que la responsabilité des opérations incombait entièrement au capitaine Lloyd, mais que ce dernier avait délégué à Kelch une large part de la responsabilité relative au remorqueur *Ohio*. En particulier, il a observé que Kelch était responsable de tout ce qui se rapportait à la navigation de l'*Ohio*, et qu'il devait notamment fournir les cartes maritimes et veiller à ce que tout le matériel requis se trouve à bord du remorqueur. Il a également souligné que, de l'aveu même de Lloyd, Kelch faisait partie de la direction de la compagnie et se considérait lui-même, de par ses nombreuses fonctions, comme un représentant de Great Lakes. En ce qui concerne le voyage en cause, le juge Denault a noté qu'à l'exception des mesures préliminaires prises par Lloyd, toutes les décisions en matière de navigation relevaient de Kelch. Par conséquent, même si ce dernier a demandé à Lloyd l'autorisation de retenir les services d'un quatrième remorqueur, le juge Denault a estimé qu'il s'agissait là d'une simple formalité relative aux aspects financiers de l'affaire. Il appartenait à Kelch de décider de retenir les services d'un remorqueur supplémentaire.

ⁱ Le juge Denault a aussi conclu que la panne de l'appareil de remorquage devait être imputée à la négligence dont avait fait preuve Great Lakes dans l'entretien de son équipement. De plus, il a trouvé particulièrement inquiétant le fait que Lloyd n'ait pas été au courant de la décision de Kelch de prendre le commandement de la flottille et que, sur le

Lakes' servants would assume responsibility as lead tug in a flotilla. Therefore, he concluded (at p. 110):

In short, even assuming that the defendant G.L.T. was able to prove the identity of persons whose acts identified them with acts of the company, it is far from establishing that those persons were not guilty of fault or privity in the sense that must be given to these words, as explained in the "*Kathy K*". On the contrary, the evidence established that Capt. Lloyd was the person whose acts identified him most with the acts of the company so far as administration and general supervision are concerned, and it was abundantly clear from his testimony that he knew practically nothing of what was happening on board his tugs during this voyage, cared very little about it and gave his masters all possible latitude. The person responsible for maintenance, Jos White, gave no plausible explanation of the mechanical breakdown on board the "*Ohio*". Finally, Capt. Kelch, who was responsible on the company's behalf not only for providing the tugs with the documentation necessary for such a voyage, but inter alia for hiring a fourth tug to bring the barge to its destination, failed lamentably in his duties by exercising his functions as a company manager negligently in respect of the "*Rival*".

Denault J. dismissed the argument that, because the mistakes made by Captain Kelch were navigational in nature, the limitation provisions within the Act should nevertheless apply. He found the fact that Kelch performed non-navigational functions, such as providing maps and arranging additional tugs, made him part of Great Lakes' management and, as such, any errors committed while in his capacity as tug master were those of the company. He concluded (at pp. 109-10):

It does not much matter whether he acted wrongfully in his capacity as a manager of the company, as port master, or whether his faults are attributable to navigational errors as tug master: that cannot be a means of excluding his liability to the plaintiff. If the same person who commits a navigational mistake is also one whose acts identify him with acts of the company, and in that

plan pratique, il n'ait pas vérifié si des employés de Great Lakes assumeraient la responsabilité du commandement du remorqueur de tête dans une flottille. Il a donc conclu, à la p. 110:

Bref, même en prenant pour acquis que la défenderesse G.L.T. a réussi à prouver l'identité des personnes dont les actes les identifiaient aux actes de la compagnie, elle est loin d'avoir démontré que ces personnes ne sont pas coupables de faute ou de complicité au sens qu'il faut donner à ces mots, comme on l'a précisé dans l'affaire du "*Kathy K*". Au contraire, la preuve démontre que le capitaine Lloyd était celui dont les faits et gestes l'identifiaient davantage aux actes de la compagnie en ce qui concernait l'administration et la surveillance générale, et il ressort abondamment de son témoignage qu'il ignorait pratiquement tout de ce qui se passait à bord de ses remorqueurs durant ce voyage, s'en souciait fort peu et laissait toute la latitude voulue à ses capitaines. Quant au bris mécanique survenu à bord du "*Ohio*", le responsable de l'entretien Jos White, n'en a fourni aucune explication plausible. Enfin, le capitaine Kelch qui était responsable pour la compagnie non seulement de l'approvisionnement à bord des remorqueurs de la documentation nécessaire à un tel voyage, mais entre autres de l'embauche d'un quatrième remorqueur pour mener la barge à bon port, il a lamentablement failli à sa tâche en exerçant de façon négligente, à l'égard du "*Rival*", ses fonctions de dirigeant de la compagnie.

Le juge Denault a rejeté l'argument voulant que, puisque les erreurs du capitaine Kelch en étaient de navigation, il y avait lieu quand même d'appliquer les dispositions de la Loi relatives à la limitation de responsabilité. Il a conclu que, parce que Kelch remplissait des fonctions non liées à la navigation, comme celles consistant à fournir des cartes et à retenir les services de remorqueurs supplémentaires, ce dernier faisait partie de la direction de Great Lakes et qu'à ce titre, toute erreur commise en sa qualité de capitaine de remorqueur était celle de la compagnie. Le juge Denault a conclu, aux pp. 109 et 110:

Il importe peu qu'il ait agi de façon fautive en sa qualité de dirigeant de la compagnie comme capitaine de port ou que ses fautes soient attribuables à des erreurs de navigation en tant que maître du remorquage: il ne peut pour autant dissocier sa responsabilité face à la demanderesse. Si la même personne qui commet une faute de navigation est en même temps celle dont les actes

capacity is also at fault, his employers cannot benefit from the limitation of liability contained in s. 647.

Denault J. next turned to North Central's action against Great Lakes. He found Great Lakes breached its contractual obligation to North Central and could not limit its corresponding liability for the same reasons stated above. He also found that the limitation of liability contained in Great Lakes' published tariff did not form part of the contract between the parties and, therefore, he refused to give effect to it. Accordingly, Denault J. held North Central was entitled to recover the entire amount of the damages sustained by the *Widener* from Great Lakes.

Federal Court of Appeal, [1990] 3 F.C. 185

Hugessen J.A. wrote for the court. He addressed the findings of negligence against the three vessels in turn. He confirmed the finding of negligence against Kelch on the *Ohio*, noting that it was well supported by the evidence and that any other conclusion would have been perverse. He also confirmed the finding against the *Widener*. However, he rejected the assessment of fault against the *South Carolina*, noting that any errors it had made had been pursuant to orders from Kelch on the *Ohio* and not any negligence on the part of those responsible for her navigation. He stated, however, this reversal had no implications for the distribution of liability between Great Lakes and North Central.

On the issue of limitation of liability, Hugessen J.A. disagreed with the trial judge's finding of actual fault or privity in Captain Lloyd because of his inadequate supervision of Captain Kelch. While he agreed with the trial judge that an owner may be in actual fault or privity through sins of omission, he noted that the jurisprudence requires that such omission breach the standard of a reasonably prudent shipowner and be causally related to the casualty. Relying on *The Lady Gwendolen*,

l'identifient aux actes de la compagnie, et qu'en cette qualité, elle est aussi fautive, ses employeurs n'ont pas droit à la limite de responsabilité prévue à l'article 647.

Examinant ensuite l'action intentée par North Central contre Great Lakes, le juge Denault a conclu que cette dernière avait manqué à son obligation contractuelle envers North Central et ne pouvait, pour les mêmes raisons que celles exposées ci-dessus, limiter sa responsabilité découlant de ce manquement. Il a aussi conclu que la limitation de responsabilité énoncée dans le tarif publié de Great Lakes ne faisait pas partie du contrat entre les parties et il a donc refusé d'y donner effet. Le juge Denault a donc statué que North Central était en droit de se faire payer par Great Lakes le montant total des dommages que cette dernière avait causés au *Widener*.

La Cour d'appel fédérale, [1990] 3 C.F. 185

Le juge Hugessen, qui a rédigé les motifs de la cour, a examiné à tour de rôle les conclusions de négligence tirées à l'égard de chacun des trois navires en question. Dans le cas du capitaine Kelch de l'*Ohio*, il a confirmé la conclusion de négligence, faisant remarquer qu'elle était bien étayée par la preuve et que toute autre conclusion aurait été mauvaise. Il a également confirmé la conclusion tirée à l'encontre du *Widener*. Il a toutefois rejeté l'imputation de faute au *South Carolina*, en faisant remarquer que toute erreur commise par ce navire l'avait été en exécutant les ordres donnés par Kelch à bord de l'*Ohio* et ne résultait d'aucune négligence de la part des personnes chargées de sa navigation. Il a toutefois précisé que ce rejet n'influaient nullement sur le partage de la responsabilité entre Great Lakes et North Central.

Quant à la question de la limitation de la responsabilité, le juge Hugessen n'a pas souscrit à la conclusion, par le juge de première instance, à l'existence d'une faute ou complicité réelle de la part du capitaine Lloyd en raison de la surveillance inadéquate qu'il aurait exercée sur le capitaine Kelch. Tout en convenant avec le juge de première instance qu'un propriétaire peut se rendre coupable de faute ou de complicité réelle par omission, il a souligné que, d'après la jurisprudence, ces omissions

[1965] 1 Lloyd's Rep. 335 (C.A.), *Grand Champion Tankers Ltd. v. Norpipe A/S (The Marion)*, [1984] 2 All E.R. 343 (H.L.), and *Northern Fishing Co. (Hull), Ltd. v. Eddom (The Norman)*, [1960] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.), he commented (at pp. 212-13):

The comparison between these cases and the facts as found by the learned Trial Judge in the case at bar is striking. There is no suggestion that a lack of supervision by the owners contributed in some way, however remote, to the casualty. The specific acts of negligence found against Captain Kelch are without exception ordinary questions of navigation lying within the normal authority and scope of activity of the master. There is no shred of evidence to suggest that a prudent shipowner would have so concerned himself with the details of navigation as to specifically instruct Kelch where to turn the flotilla or at what speed to tackle the *St. Mary's* current or in what manner to communicate with the other captains. . . . [T]here was no reasonable likelihood that any closer degree of supervision and reporting imposed by the owners at the company's Head Office in Cleveland would have materially affected the actions or decisions of Captain Kelch when he was navigating his flotilla in the Port of Montréal.

He further found Denault J. to have erred in finding Great Lakes was in actual fault or privity by reason of White's supervision of the repair and maintenance of the *Ohio's* towing machinery. While there was clearly a causal link between the breaking of the towing machine and the resulting damage, Hugessen J.A. concluded the trial judge erred in imposing such a high standard on the owner of a ship in relation to the proper functioning of its equipment. He highlighted that Great Lakes' inspection and maintenance system was "numerous and sophisticated" and that there was no finding of any inadequacy or defect in that system. As such, Hugessen J.A. observed that the trial judge's assessment of fault had the effect of incor-

doivent constituer une violation de la norme d'un propriétaire de navire raisonnablement prudent et avoir un lien de causalité avec l'accident. S'appuyant sur les décisions *The Lady Gwendolen*, [1965] 1 Lloyd's Rep. 335 (C.A.), *Grand Champion Tankers Ltd. c. Norpipe A/S (The Marion)*, [1984] 2 All E.R. 343 (H.L.), et *Northern Fishing Co. (Hull), Ltd. c. Eddom (The Norman)*, [1960] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.), le juge Hugessen a fait observer, aux pp. 212 et 213:

La comparaison de ces affaires avec les faits constatés en l'espèce par le juge de première instance est frappante. Rien n'indique en effet que le défaut de surveillance des propriétaires ait contribué de quelque façon, aussi éloignée soit-elle, à l'accident. Les actes spécifiques de négligence qui ont été imputés au capitaine Kelch sont sans exception des questions ordinaires de navigation relevant de l'autorité et de la compétence normales du capitaine. Il n'y a pas la moindre preuve laissant croire qu'un propriétaire de navire prudent se serait personnellement préoccupé des détails de la navigation au point de donner à Kelch des instructions précises sur l'endroit où effectuer le virage de la flottille, la vitesse à laquelle affronter le courant *Ste-Marie* ou encore la façon de communiquer avec les autres capitaines. [. . .] n'était pas raisonnablement probable de croire qu'une surveillance plus étroite et des rapports plus fréquents de la part des propriétaires au siège social de la compagnie à Cleveland, auraient modifié de façon importante les actions ou les décisions du capitaine Kelch au moment où il naviguait avec sa flottille dans le port de Montréal.

Le juge Hugessen a décidé en outre que c'est à tort que le juge Denault a conclu que Great Lakes s'était rendue coupable de faute ou de complicité réelle en raison de la surveillance qu'exerçait White sur la réparation et l'entretien de l'appareil de remorquage de l'*Ohio*. Malgré l'existence manifeste d'un lien de causalité entre la panne de cet appareil de remorquage et les dommages qui ont résultés, le juge Hugessen a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en imposant au propriétaire d'un navire une norme aussi sévère relativement au bon fonctionnement de son équipement. Il a souligné que les systèmes d'inspection et d'entretien de Great Lakes étaient «nombreux et sophistiqués» et qu'ils n'ont pas été jugés inadéquats ou défectueux. C'est pourquoi le

rectly turning a shipowner into an insurer every time a casualty results from an equipment failure.

Hugessen J.A. then turned to the question of whether Kelch was a directing mind of Great Lakes. Citing *Wishing Star Fishing Co. v. The B.C. Baron*, [1988] 2 F.C. 325 (C.A.), he noted that, if Kelch was a directing mind, the fact that he was also acting as master and that his negligent acts had been committed within the scope of that capacity was irrelevant. Hugessen J.A. emphasized that Kelch was more than an ordinary master and had extended duties and responsibilities for the conduct of the flotilla. In this regard, he relied on the following facts in coming to the conclusion that Kelch was a directing mind of Great Lakes: (1) he was the towmaster of the flotilla and was vested with authority to give commands to all the other vessels in the flotilla; (2) his appointment to command the flotilla was not made by or with the knowledge of anyone senior to him at Great Lakes; (3) he was described, in parts of the evidence, as being part of management, a salaried employee, a "trouble shooter" and the person responsible for breaking in new captains; and (4) he took care of the documents for all of the Great Lakes' fleet. Hugessen J.A. admitted that this finding was at "the outer margins of the application of the doctrine of corporate identification" (p. 222) but declined to characterize the trial judge's finding as so palpable and overriding an error that it warranted appellate intervention, particularly bearing in mind the heavy burden on Great Lakes to establish its right to invoke the statutory limitation.

With respect to Great Lakes' liability for the damage caused to the *Widener*, Hugessen J.A. rejected Great Lakes' attempt to raise the issue of contributory negligence. Moreover, he further dismissed its assertion that the limitation of liability clause contained in its tariff rates formed part of

juge Hugessen a fait observer que l'imputation de faute par le juge de première instance avait pour effet de transformer à tort le propriétaire d'un navire en assureur chaque fois qu'un accident résulte d'un bris d'équipement.

Le juge Hugessen a ensuite abordé la question de savoir si Kelch était une âme dirigeante de Great Lakes. Citant l'arrêt *Wishing Star Fishing Co. c. Le B.C. Baron*, [1988] 2 C.F. 325 (C.A.), il a noté que, si Kelch était une âme dirigeante, le fait qu'il agissait également comme capitaine et que c'est en cette qualité qu'il a accompli ses actes négligents n'était pas pertinent. Le juge Hugessen a souligné que Kelch était plus qu'un capitaine ordinaire et qu'il avait, quant à la conduite de la flotille, des obligations et des responsabilités étendues. À cet égard, il s'est fondé sur les faits suivants pour conclure que Kelch était une âme dirigeante de Great Lakes: (1) il était le maître de remorquage de la flotille et était investi du pouvoir de donner des ordres à tous les autres navires de la flotille; (2) sa nomination aux commandes de la flotille n'émanait pas et n'avait pas été faite à la connaissance de l'un de ses supérieurs chez Great Lakes; (3) dans certaines parties de la preuve, il est décrit comme faisant partie de la direction de la compagnie, comme employé salarié, comme expert en dépannage et comme responsable de l'entraînement des nouveaux capitaines, et (4) il s'occupait des documents pour toute la flotte de Great Lakes. Le juge Hugessen a reconnu que cette conclusion «se situe à la limite extrême de l'application de la doctrine de l'identification corporative» (p. 222), mais il a refusé de qualifier la conclusion du juge de première instance d'erreur manifeste et dominante au point de justifier l'intervention de la cour d'appel, compte tenu surtout du lourd fardeau qui incombe à Great Lakes d'établir son droit d'invoquer la limitation légale de responsabilité.

En ce qui concerne la responsabilité de Great Lakes à l'égard des dommages causés au *Widener*, le juge Hugessen a repoussé la tentative de Great Lakes de soulever la question de la négligence concourante ou contributive. Il a rejeté également son assertion que la clause de limitation de respon-

the contract between the parties. As such, apart from striking from the trial judgment the attribution of fault against the *South Carolina*, Hugessen J.A. dismissed both the appeal and the cross-appeal.

IV. Issues

These appeals raise three issues. First, is the master of the appellant's tug *Ohio* a directing mind of the appellant by virtue of the fact that he exercised some discretion and performed some non-navigational functions as an incident of his employment? Second, do the limitation of liability provisions in the *Canada Shipping Act* apply to limit a shipowner's liability for the acts or omissions of its servant in directing a flotilla comprising vessels belonging to other shipowners? Third, in the event that the appellant is entitled to limit its liability under the *Canada Shipping Act*, what vessels must be taken into account in determining the extent of its liability?

V. Analysis

1. *Is the Master of the Appellant's Tug a Directing Mind of the Corporation?*

The appellant, Great Lakes, contends that Hugessen J.A. erred in concluding that there was actual fault or privity on its part on the basis that Captain Kelch was a directing mind of the corporation and that therefore Great Lakes could not limit its liability under the *Canada Shipping Act*. Assessing the merits of this contention requires that I examine briefly both the general principles pertaining to the limitation of liability under the *Canada Shipping Act* and the development of the doctrine of corporate identification before applying the relevant principles to the facts of this case. As a preliminary matter, I believe it important to point out that the identification of particular individuals within a corporate structure as directing

sabilité contenue dans son tarif faisait partie du contrat intervenu entre les parties. Par conséquent, le juge Hugessen a rejeté l'appel principal et l'appel incident, sauf qu'il a radié du jugement de première instance l'imputation de faute au *South Carolina*.

IV. Les questions en litige

Ces pourvois soulèvent trois questions. Premièrement, le capitaine du remorqueur *Ohio* appartenant à l'appelante est-il une âme dirigeante de cette dernière du fait qu'il a exercé un certain pouvoir discrétionnaire et qu'il a rempli, dans le cadre de son emploi, des fonctions non liées à la navigation? Deuxièmement, les dispositions relatives à la limitation de responsabilité figurant dans la *Loi sur la marine marchande du Canada* s'appliquent-elles de manière à limiter la responsabilité d'un propriétaire de navire à l'égard des actes ou des omissions de son employé dans la conduite d'une flottille comprenant des navires appartenant à d'autres propriétaires? Troisièmement, dans l'hypothèse où l'appelante aurait le droit de limiter sa responsabilité en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, de quels navires faut-il tenir compte pour déterminer l'étendue de sa responsabilité?

V. Analyse

1. *Le capitaine du remorqueur de l'appelante est-il une âme dirigeante de celle-ci?*

L'appelante Great Lakes soutient que c'est à tort que le juge Hugessen a conclu qu'il y avait eu faute ou complicité réelle de sa part du fait que le capitaine Kelch était une âme dirigeante de la compagnie, et qu'elle ne pouvait donc limiter sa responsabilité en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Pour décider du bien-fondé de cet argument, il me faut examiner brièvement aussi bien les principes généraux qui régissent la limitation de responsabilité en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada* que l'évolution de la théorie de l'identification à la personne morale, avant d'appliquer les principes pertinents aux faits de la présente affaire. À titre préliminaire, je crois qu'il importe de souligner que l'identification de

minds of that company is a question of mixed fact and law. As Lord Reid observed in *Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass*, [1972] A.C. 153 (H.L.), at p. 170, "It must be a question of law whether, once the facts have been ascertained, a person in doing particular things is to be regarded as the company or merely as the company's servant or agent." The legal issue is concerned with identifying which functions or offices ground corporate identification; the factual issue determines who carries out these functions or fills these offices.

(a) The General Principles of Limitation of Liability and Corporate Identification

It is well settled that in an action to limit liability under s. 647(2) of the *Canada Shipping Act*, the onus is on the shipowner claiming the limitation to establish a complete absence of "actual fault or privity" on its part. The onus is a heavy one which is not discharged by showing merely that the owner was not the sole or principal cause of the mishap: *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 819.

The leading Anglo-Canadian case setting out the meaning of the words "actual fault or privity" and its application to a corporate shipowner is *Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705 (H.L.), aff'd [1914] 1 K.B. 419 (C.A.). The words "actual fault or privity" were found to denote something personal and blame-worthy to a shipowner as opposed to a constructive fault arising under the doctrine of *respondeat superior*. In the oft-quoted words of Viscount Haldane L.C. at pp. 713-14:

It must be upon the true construction of that section in such a case as the present one that the fault or privity is the fault or privity of somebody who is not merely a ser-

certaines personnes au sein d'une société comme ses âmes dirigeantes est une question mixte de fait et de droit. Comme l'a fait remarquer lord Reid dans *Tesco Supermarkets Ltd. c. Natrass*, [1972] A.C. 153 (H.L.), à la p. 170: [TRADUCTION] «Doit constituer un point de droit la question de savoir si, une fois les faits établis, une personne qui fait certaines choses particulières doit être considérée comme étant la compagnie ou simplement comme un préposé ou un mandataire de la compagnie.» La question de droit est celle de savoir quelles fonctions ou quels postes permettent de conclure à l'identification à la personne morale; la question de fait consiste à déterminer qui exerce ces fonctions ou occupe ces postes.

a) Les principes généraux de la limitation de responsabilité et de l'identification à la personne morale

Il est bien établi que dans une action en limitation de responsabilité intentée en vertu du par. 647(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, il incombe au propriétaire de navire qui demande la limitation de responsabilité de prouver l'absence totale de «faute ou [de] complicité réelle» de sa part. C'est là un lourd fardeau dont le propriétaire ne saurait s'acquitter en démontrant simplement que l'accident ne s'est pas produit uniquement ou principalement par sa faute: *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 819.

L'arrêt de principe anglo-canadien qui explique le sens de l'expression «*actual fault or privity*» («faute ou complicité réelle») et son application à une personne morale propriétaire de navire est *Lennard's Carrying Co. c. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705 (H.L.), confirmant [1914] 1 K.B. 419 (C.A.). On a jugé que l'expression «*actual fault or privity*», dénotait un acte répréhensible accompli personnellement par le propriétaire d'un navire par opposition à une faute imputée découlant de la théorie *respondeat superior*. Pour reprendre les propos souvent cités du lord chancelier le vicomte Haldane, aux pp. 713 et 714:

[TRADUCTION] Il doit s'agir, selon une interprétation juste de cet article dans un cas comme celui dont nous sommes saisis, de la faute ou de la complicité, non seu-

vant or agent for whom the company is liable upon the footing respondeat superior, but somebody for whom the company is liable because his action is the very action of the company itself. It is not enough that the fault should be the fault of a servant in order to exonerate the owner, the fault must also be one which is not the fault of the owner, or a fault to which the owner is privy; and I take the view that when anybody sets up that section to excuse himself from the normal consequences of the maxim respondeat superior the burden lies upon him to do so.

In *Paterson Steamships, Ltd. v. Robin Hood Mills, Ltd. (The Thordoc)* (1937), 58 Ll. L. Rep. 33 (P.C.), Lord Roche adopted the meaning attributed to the words "fault and privity" by both the Court of Appeal and the House of Lords in *Lennard's, supra*, and further highlighted that the fault or privity of a shipowner must be fault or privity in respect of that which causes the loss or damage in question. See also *British Columbia Telephone Co. v. Marpole Towing Ltd.*, [1971] S.C.R. 321, at pp. 326-27, *per* Ritchie J.

Therefore, in the case of a corporate shipowner, it is necessary to consider whether the acts of a particular individual giving rise to liability should be attributed to that of the company itself. Said differently, the question that arises is at what point in the hierarchy of a company is the fault of a person employed in the organization to be treated as the fault of the company itself. In this connection, the nature of a corporation was aptly described by Viscount Haldane L.C. in *Lennard's, supra*, in the following manner at p. 713:

My Lords, a corporation is an abstraction. It has no mind of its own any more than it has a body of its own; its active and directing will must consequently be sought in the person of somebody who for some purposes may be called an agent, but who is really the directing mind and will of the corporation, the very ego and centre of the personality of the corporation. That person may be under the direction of the shareholders in general meeting; that person may be the board of directors itself, or it may be, and in some companies it is so, that that person has an authority co-ordinate with the

lement d'un préposé ou d'un mandataire dont la compagnie est responsable en vertu du précepte respondeat superior, mais d'une personne qui engage la responsabilité de la compagnie parce que son acte est l'acte de la compagnie elle-même. Pour exonérer le propriétaire, il ne suffit pas que la faute soit celle d'un préposé; il faut de plus que ce ne soit pas la faute du propriétaire ou qu'il n'y ait pas contribué. J'estime que quiconque invoque cet article pour échapper aux conséquences normales de la maxime respondeat superior a la charge de faire cette preuve.

Dans *Paterson Steamships, Ltd. c. Robin Hood Mills, Ltd. (The Thordoc)* (1937), 58 Ll. L. Rep. 33 (C.P.), lord Roche a adopté, comme sens de l'expression «*fault and privity*» («faute et complicité») celui que lui ont attribué la Cour d'appel et la Chambre des lords dans *Lennard's*, précité. Il a en outre souligné que la faute ou la complicité d'un propriétaire de navire doit se rapporter à la cause de la perte ou de l'avarie en question. Voir aussi *British Columbia Telephone Co. c. Marpole Towing Ltd.*, [1971] R.C.S. 321, aux pp. 326 et 327, le juge Ritchie.

Par conséquent, dans le cas d'une compagnie ou personne morale propriétaire de navire, il est nécessaire d'examiner si les actes d'un individu en particulier, qui donnent naissance à la responsabilité, doivent être imputés à la compagnie elle-même. Autrement dit, la question qui se pose est de savoir à quel niveau dans la hiérarchie d'une compagnie la faute d'une personne employée dans l'organisation doit être considérée comme la faute de la compagnie elle-même. À cet égard, le lord chancelier le vicomte Haldane a décrit avec justesse la nature d'une compagnie ou personne morale dans l'extrait suivant de l'arrêt *Lennard's*, précité, à la p. 713:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, une compagnie est une abstraction. Dénuée de corps et d'esprit, sa volonté ne peut se manifester que par l'intermédiaire d'une personne qui, à certaines fins, peut être appelée un mandataire, mais qui est en réalité l'âme dirigeante de ladite compagnie, l'incarnation même de celle-ci. Cette personne peut relever des actionnaires réunis en assemblée générale; dans d'autres cas, l'âme dirigeante peut être le conseil d'administration lui-même, ou encore, comme cela arrive parfois, il se peut que les statuts de la compagnie en question attribuent à cette personne un pouvoir

board of directors given to him under the articles of association, and is appointed by the general meeting of the company, and can only be removed by the general meeting of the company.

In *H. L. Bolton (Engineering) Co. v. T. J. Graham & Sons Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 159, the Court of Appeal compared a corporation to a human body, describing those who control what a company does (and who therefore are the directing mind and will of a company) as the brain of an individual. Denning L.J. rejected the argument that only actions arising from a meeting of a company's board of directors can form the intention of a company. Rather, he accepted that the intention of a company can be derived from its officers and agents in some instances depending on the nature of the matter in consideration and their relative position within the company. Denning L.J. observed at p. 172:

A company may in many ways be likened to a human body. It has a brain and nerve centre which controls what it does. It also has hands which hold the tools and act in accordance with directions from the centre. Some of the people in the company are mere servants and agents who are nothing more than hands to do the work and cannot be said to represent the mind or will. Others are directors and managers who represent the directing mind and will of the company, and control what it does. The state of mind of these managers is the state of mind of the company and is treated by the law as such.

In *Tesco Supermarkets, supra*, the House of Lords dealt with a situation in which a manager of one store in a chain of supermarkets was found to have been negligent in supervising an employee who placed improperly priced goods for sale, thereby committing a pricing offence under the *Trade Descriptions Act 1968* (U.K.), 1968, c. 29. Their lordships held that the mere fact that the manager exercised limited discretion in the performance of his assigned role did not render him

égal à celui du conseil d'administration et qu'elle soit nommée par l'assemblée générale de la compagnie, celle-ci étant seule à pouvoir la destituer.

Dans *H. L. Bolton (Engineering) Co. c. T. J. Graham & Sons Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 159, la Cour d'appel a comparé une personne morale au corps humain, et les personnes qui contrôlent ce que fait une compagnie (et qui sont donc son âme dirigeante) au cerveau d'un individu. Le lord juge Denning a rejeté l'argument voulant que seuls les actes accomplis à la suite d'une réunion du conseil d'administration d'une compagnie traduisent l'intention de cette dernière. Il a plutôt retenu le point de vue selon lequel l'intention d'une compagnie peut dans certains cas se manifester par l'intermédiaire de ses directeurs et de ses mandataires, selon la nature du point considéré et le rang occupé par ses personnes au sein de la compagnie. Le lord juge Denning fait remarquer, à la p. 172:

[TRADUCTION] Une compagnie peut être comparée à un corps humain de plusieurs façons. Elle possède un cerveau et un centre nerveux qui contrôle ce qu'elle fait. Elle a également des mains qui tiennent les outils et agissent conformément aux directives venant de ce centre. Certaines personnes au sein de la compagnie sont de simples préposés et mandataires qui ne sont rien de plus que des mains qui accomplissent le travail et dont on ne peut pas dire qu'elles en représentent l'âme ou l'esprit. D'autres sont des administrateurs et des gérants qui représentent l'âme dirigeante de la compagnie et qui ont la haute main sur son activité. L'état d'esprit de ces gérants est celui de la compagnie et est considéré juridiquement comme tel.

Dans l'affaire *Tesco Supermarkets*, précitée, la Chambre des lords s'est trouvée devant une situation où le directeur d'un magasin faisant partie d'une chaîne de supermarchés avait été jugé négligent dans la surveillance d'un employé qui avait mis en vente des marchandises dont le prix était irrégulièrement indiqué, commettant ainsi une infraction en matière de prix visée par la *Trade Descriptions Act 1968* (R.-U.), 1968, ch. 29. Les lords juges ont conclu que le simple fait que le directeur exerçait un pouvoir discrétionnaire limité dans l'exercice de ses fonctions n'en faisait pas

part of the directing mind of the company. Lord Morris of Borth-y-Gest stated at pp. 180-81:

A system had to be created which could rationally be said to be so designed that the commission of offences would be avoided. There was no delegation of the duty of taking precautions and exercising diligence. There was no such delegation to the manager of a particular store. He did not function as the directing mind or will of the company. His duties as the manager of one store did not involve managing the company. He was one who was being directed. He was one who was employed but he was not a delegate to whom the company passed on its responsibilities. He had certain duties which were the result of the taking by the company of all reasonable precautions and of the exercising by the company of all due diligence. He was a person under the control of the company . . . He was, so to speak, a cog in the machine which was devised: it was not left to him to devise it.

Some commentators have suggested that their lordships placed too great a reliance upon form at the expense of function in their analysis: I. A. Muir, "Tesco Supermarkets, Corporate Liability and Fault" (1973), 5 *N.Z.U. L. Rev.* 357, at p. 365. Glanville Williams states in his *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at p. 973:

In crimes requiring *mens rea* it does not greatly matter if the range of persons inculpating the company is restricted, since the purposes of deterrence are generally best served by prosecuting those who are responsible. It is in offences of negligence that the limitation of liability imposed in *Tesco* is most injurious. That a company should not be liable for an offence of negligence committed by its branch manager, who after all represents the company in the particular locality, is a considerable defect in the law.

Another commentator characterizes *Tesco Supermarkets* and the cases which followed it as evincing a "socially unjustifiable regression" which was incapable of providing effective deterrence against criminal conduct perpetrated by multinational corporations with complex managerial structures: E. G. Ewaschuk, "Corporate Criminal Liability and

une partie de l'âme dirigeante de la compagnie. Lord Morris of Borth-y-Gest affirme, aux pp. 180 et 181:

[TRADUCTION] Il a fallu créer un système dont on pouvait raisonnablement dire qu'il était conçu de manière à éviter la perpétration d'infractions. Il n'y a eu aucune délégation de l'obligation de prendre des précautions et de faire preuve de diligence. Aucune délégation de ce genre n'a été faite au directeur d'un magasin en particulier. Le directeur ne faisait pas office d'âme dirigeante de la compagnie. Ses fonctions de directeur d'un seul magasin n'emportaient pas gestion de la compagnie. C'était l'une des personnes dirigées. C'était un employé, mais il n'avait reçu aucune délégation de responsabilité de la compagnie. Il remplissait certaines fonctions résultant du fait que la compagnie prenait toutes les précautions raisonnables et faisait preuve de toute la diligence voulue. C'était une personne assujettie au contrôle de la compagnie. [...] Il constituait, pour ainsi dire, un rouage de la machine conçue: il ne lui appartenait pas de la concevoir.

Certains commentateurs ont laissé entendre que, dans leur analyse, les lords juges ont trop insisté sur la forme au détriment de la fonction: I. A. Muir, «Tesco Supermarkets, Corporate Liability and Fault» (1973), 5 *N.Z.U. L. Rev.* 357, à la p. 365. Glanville Williams affirme dans son *Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983), à la p. 973:

[TRADUCTION] Dans le cas de crimes qui nécessitent la *mens rea*, il importe peu que le nombre de personnes qui peuvent incriminer la compagnie soit limité puisque les objectifs de dissuasion sont généralement le mieux atteints en poursuivant les responsables. C'est dans le cas des infractions de négligence que la limitation de responsabilité imposée dans *Tesco* s'avère le plus préjudiciable. Le fait qu'il n'y ait pas lieu de tenir une compagnie responsable d'une infraction de négligence commise par le directeur de l'une de ses succursales, qui, après tout, représente la compagnie dans la localité concernée, constitue une grave lacune du droit.

Un autre commentateur dit de l'arrêt *Tesco Supermarkets* et des décisions qui l'ont suivi qu'ils traduisent un [TRADUCTION] «recul socialement injustifiable» qui ne saurait constituer un moyen efficace de dissuader d'adopter une conduite criminelle les sociétés multinationales dotées de structures de gestion complexes: E. G. Ewaschuk,

Related Matters” in (1975), 29 C.R.N.S. 44, at pp. 52-53.

This Court considered the issue of corporate identification in *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662. Estey J. found that in order for a corporation to be criminally liable under the “identification” theory, the employee who physically committed the offence must be “the ‘ego’, the ‘centre’ of the corporate personality, the ‘vital organ’ of the body corporate, the ‘alter ego’ of the employer corporation or its ‘directing mind’” (p. 682). However, he also acknowledged that there may be more than one directing mind and highlighted that there may exist the “delegation and sub-delegation of authority from the corporate centre” and the “division and subdivision of the corporate brain”. In this regard, Estey J. provided the following guidance as to who may qualify as the directing mind of a corporation at p. 693, casting doubt in the process of whether the specific conclusion reached in *Tesco Supermarkets, supra*, is appropriate in the Canadian context:

The identity doctrine merges the board of directors, the managing director, the superintendent, the manager or anyone else delegated by the board of directors to whom is delegated the governing executive authority of the corporation, and the conduct of any of the merged entities is thereby attributed to the corporation. . . . [A] corporation may, by this means, have more than one directing mind. This must be particularly so in a country such as Canada where corporate operations are frequently geographically widespread. The transportation companies, for example, must of necessity operate by the delegation and sub-delegation of authority from the corporate centre; by the division and subdivision of the corporate brain; and by decentralizing by delegation the guiding forces in the corporate undertaking. The application of the identification rule in *Tesco, supra*, may not accord with the realities of life in our country, however appropriate we may find to be the enunciation of the abstract principles of law there made.

As Estey J.’s reasons demonstrate, the focus of inquiry must be whether the impugned individual has been delegated the “governing executive authority” of the company within the scope of his

«Corporate Criminal Liability and Related Matters» dans (1975), 29 C.R.N.S. 44, aux pp. 52 et 53.

Notre Cour a examiné la question de l’identification à la personne morale dans *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662, où le juge Estey a conclu que, pour que la responsabilité criminelle d’une personne morale soit engagée en vertu de la théorie de «l’identification», il faut que l’employé qui a commis l’infraction soit ««l’incarnation», «l’organe vital», «l’alter ego» ou «l’âme dirigeante» de la compagnie employeur» (p. 682). Toutefois il a également reconnu qu’il peut exister plus d’une âme dirigeante et a souligné qu’il peut y avoir «délégation et [. . .] sous-délégation du pouvoir central» et «division et [. . .] sous-division des centres nerveux». À cet égard, le juge Estey fournit, à la p. 693, les indications suivantes quant à qui peut être considéré comme l’âme dirigeante d’une personne morale, tout en exprimant des doutes quant à savoir s’il convient d’appliquer, dans le contexte canadien, la conclusion précise à laquelle on est arrivé dans l’arrêt *Tesco Supermarkets*, précité:

La doctrine de l’identification réunit le conseil d’administration, le directeur général, le directeur, le gérant et n’importe quelle autre personne ayant reçu une délégation du conseil d’administration à qui est déléguée l’autorité directrice de la compagnie, et la conduite de l’une quelconque des entités ainsi réunies est alors imputée à ladite compagnie. [. . .] Une compagnie peut avoir plus d’une âme dirigeante. C’est particulièrement le cas dans un pays comme le Canada où les activités d’une compagnie s’exercent souvent sur une vaste étendue géographique. Les compagnies de transport, par exemple, doivent nécessairement fonctionner par la délégation et la sous-délégation du pouvoir central; par la division et la sous-division des centres nerveux; et par la décentralisation par délégation des organes directeurs de l’entreprise. Il se peut que la règle de l’identification appliquée dans l’arrêt *Tesco*, précité, ne corresponde pas à la réalité canadienne, quelque appropriés que nous puissions juger les principes abstraits de droit énoncés dans cet arrêt-là.

Comme le démontrent les motifs du juge Estey, il faut se demander surtout si l’individu en cause s’est vu déléguer, dans le cadre de ses propres pouvoirs, l’«autorité directrice» de la compagnie.

or her authority. I interpret this to mean that one must determine whether the discretion conferred on an employee amounts to an express or implied delegation of executive authority to design and supervise the implementation of corporate policy rather than simply to carry out such policy. In other words, the courts must consider who has been left with the decision-making power in a relevant sphere of corporate activity.

Negligence on the part of a master of a ship in the performance of his or her navigational duties does not amount to actual fault or privity on the part of a corporate shipowner. Courts have viewed masters as the “hands” of a shipping company. Obviously, if it were otherwise a corporate shipowner’s right to limit its liability would be virtually nonexistent. However, having said that, the courts have moved away from allowing shipowners to wash their hands completely of all responsibility for matters of navigation by leaving everything to the discretion of their masters. Whereas in the past it may have been sufficient for a shipowner to discharge its responsibility by merely showing that it appointed a competent master, a number of decisions now make it clear that there exists an overall duty on a shipowner to supervise properly the navigation of its vessels: see, for example, *Grand Champion Tankers, supra*, and *Continental Bank of Canada v. Riedel International Inc.* (1991), 78 D.L.R. (4th) 232 (F.C.A.).

In such instances, the focus of inquiry is on whether a shipowner acted as an ordinary reasonable shipowner in the management and control of its shipping operation (e.g., in the selection of its crew and supervision of the navigation of its vessels): *The Lady Gwendolen, supra*, and *The Garden City*, [1982] 2 Lloyd’s Rep. 382 (Q.B. (Adm. Ct.)). Courts have further applied a “reasonable likelihood” test in determining whether the exercise of particular duty by a shipowner would have prevented the impugned damage. For example, in *Marpole Towing, supra*, Ritchie J. accepted that damage caused by the negligent navigation of a

Selon mon interprétation, le juge Estey veut dire par là qu’il faut décider si le pouvoir discrétionnaire conféré à un employé constitue une délégation expresse ou implicite de l’autorité directrice pour concevoir les politiques de la compagnie et en surveiller la mise en œuvre plutôt que pour simplement les mettre à exécution. En d’autres termes, les tribunaux doivent examiner qui a été investi du pouvoir décisionnel dans un champ d’activité pertinent de la compagnie.

La négligence dont fait preuve le capitaine d’un navire dans l’exercice de ses fonctions de navigation ne constitue pas une faute ou complicité réelle de la part de la personne morale propriétaire de navire. Les tribunaux ont considéré les capitaines comme les «mains» d’une compagnie de transport maritime. Il est évident que, s’il en était autrement, le droit d’une personne morale propriétaire de navire de limiter sa responsabilité serait presque illusoire. Cela dit, toutefois, les tribunaux ont cessé de permettre aux propriétaires de navires de se dérober à toute responsabilité en matière de navigation en laissant tout à la discrétion de leurs capitaines. Si, dans le passé, un propriétaire de navire a pu s’acquitter de sa responsabilité en démontrant simplement qu’il a nommé un capitaine compétent, il ressort clairement maintenant d’un certain nombre de décisions qu’un propriétaire de navires a une obligation générale de surveiller adéquatement la navigation de ses navires: voir, par exemple, les arrêts *Grand Champion Tankers*, précité, et *Continental Bank of Canada c. Riedel International Inc.* (1991), 78 D.L.R. (4th) 232 (C.A.F.).

Dans de tels cas, il s’agit principalement de déterminer si un propriétaire de navire a agi en propriétaire ordinaire et raisonnable de navire dans la gestion et le contrôle de ses activités de transport maritime (par ex., dans la sélection de son équipage et dans la surveillance de la navigation de ses navires): *The Lady Gwendolen*, précité, et *The Garden City*, [1982] 2 Lloyd’s Rep. 382 (Q.B. (Adm. Ct.)). Les tribunaux ont en outre appliqué un critère de «probabilité raisonnable» pour déterminer si l’exercice d’une fonction particulière par un propriétaire de navire aurait permis d’éviter le préjudice en question. Par exemple, dans l’arrêt

ship does not give rise to actual fault or privity on the part of the shipowner where the navigational error committed by the tug master could not have been foreseen by the shipowner.

The issue, however, this Court is asked to consider is not whether Great Lakes breached its duty to supervise and manage its vessels properly but instead whether Captain Kelch's faults are essentially the actual faults of Great Lakes by reason of his position within the corporate hierarchy of the appellant. In this regard, it is relevant to note Hugessen J.A.'s observation at p. 213 that "if Kelch was truly a directing mind and will of the company, the fact that he was also acting as master and that his negligence was committed in that capacity is nothing to the point": see also *Wishing Star Fishing, supra*, and *Société anonyme des minerais v. Grant Trading Inc. (The Ert Stefanie)*, [1989] 1 Lloyd's Rep. 349 (C.A.). The appellant did not challenge this proposition before this Court and, in light of the conclusion I have arrived at, I need not discuss this matter any further.

(b) Application of These Principles to This Case

Captain Kelch was admittedly the master of the *Ohio* at the time of the collision. As noted above, navigational errors committed by a ship's master, in the course of his or her duties, do not in themselves give rise to actual fault or privity on the part of the shipowner in the absence of a breach of its duty to supervise the management and navigation of its vessel which is causally linked to the resulting damage. However, it is alleged that Captain Kelch also performed exceptional duties on behalf of his employer which rendered him not just a master but more importantly a directing mind of Great Lakes such that his fault was that of the company. In particular, the courts below emphasized that Kelch was *de facto* commodore of the flotilla and in this capacity he gave instructions to the other vessels in the flotilla and could elect to

Marpole Towing, précité, le juge Ritchie a accepté que le dommage résultant de la navigation négligente d'un navire ne donne pas naissance à une faute ou à une complicité réelle de la part du propriétaire du navire lorsque ce dernier n'aurait pas pu prévoir l'erreur de navigation commise par le capitaine du remorqueur.

La question dont notre Cour se trouve saisie n'est toutefois pas de savoir si Great Lakes a manqué à son obligation de surveiller et de diriger convenablement ses navires, mais plutôt de savoir si les fautes du capitaine Kelch sont essentiellement des fautes réelles de Great Lakes en raison du poste qu'il occupait dans la hiérarchie de l'appellante. À ce propos, il convient de noter l'observation que fait le juge Hugessen, à la p. 213, selon laquelle «si Kelch était véritablement une âme dirigeante de la compagnie, le fait qu'il agissait également comme capitaine et que c'est en cette qualité qu'il avait commis sa négligence n'est pas pertinent»: voir aussi *Wishing Star Fishing*, précité, et *Société anonyme des minerais c. Grant Trading Inc. (The Ert Stefanie)*, [1989] 1 Lloyd's Rep. 349 (C.A.). L'appelante n'a pas contesté cette proposition devant notre Cour et, vu la conclusion à laquelle je suis arrivé, il ne m'est pas nécessaire de m'étendre là-dessus.

b) L'application de ces principes à la présente affaire

Le capitaine Kelch était certes aux commandes de l'*Ohio* au moment de l'abordage. Comme je l'ai déjà souligné, les erreurs de navigation commises par le capitaine d'un navire, dans l'exercice de ses fonctions, ne donnent pas naissance en soi à une faute ou à une complicité réelle de la part du propriétaire du navire si ce dernier n'a pas commis de manquement, ayant un lien causal avec les avaries qui ont résulté, à l'obligation qu'il avait de surveiller la conduite et la navigation de son navire. On allègue cependant que le capitaine Kelch remplissait pour son employeur des fonctions exceptionnelles qui en faisaient non seulement un capitaine, mais aussi, qui plus est, une âme dirigeante de Great Lakes, de sorte que sa faute était celle de la compagnie. En particulier, les juridictions inférieures ont souligné que Kelch était le comman-

bring in additional tugs if he deemed it necessary for safe navigation. Furthermore, reference was made to the fact that Kelch was described as being part of management, a salaried employee, a fleet captain, a “trouble shooter” and the person responsible for breaking in new captains. The courts below also placed weight on the fact that Kelch was responsible for ensuring that the paperwork was in order for all of the tugs in Great Lakes’ fleet.

With respect, I cannot agree with the conclusion reached by the courts below as to the status of Captain Kelch as a directing mind of Great Lakes. In my opinion, the facts of this case do not merely put it at “the outer margins of the application of the doctrine of corporate identification” but outside those margins.

While Captain Kelch was described as part of the “management” and a “trouble shooter” for Great Lakes (Hugessen J.A., at p. 221; Captain Lloyd, Evidence, hearing September 15, 1987, transcript at p. 49; and Captain Kelch, Commission Evidence, Appeal Book, app. I, vol. 3, at p. 291), one must look behind these labels and consider the responsibilities and functions performed by Captain Kelch within the Great Lakes’ hierarchy in the context of captains of seafaring vessels. In this respect, it is clear from the totality of the evidence that Captain Kelch was essentially a port captain subject to the supervision and direction of Captain Lloyd. It is not surprising that given his twenty-five years of expertise that Kelch was given additional responsibilities in such matters as breaking in new tug captains, assisting with occasional problems, and taking care of documents for Great Lakes’ fleet. However, these additional tasks, in my mind, do not denote delegation to Captain Kelch of the governing executive authority over the management and supervision of Great Lakes’

dant de fait de la flottille et qu’en cette qualité il a donné des directives aux autres navires de la flottille et pouvait choisir de recourir à des remorqueurs supplémentaires s’il le jugeait nécessaire pour naviguer en toute sécurité. On a mentionné en outre le fait que Kelch était décrit comme faisant partie de la direction de la compagnie, comme un employé salarié, comme capitaine de flotte, comme un expert en dépannage et comme responsable de l’entraînement des nouveaux capitaines. Les juridictions inférieures ont aussi attaché de l’importance au fait que c’était à Kelch qu’incombait la tâche de veiller à ce que les documents de tous les remorqueurs de la flotte de Great Lakes soient en ordre.

En toute déférence, je ne puis souscrire à la conclusion des juridictions inférieures selon laquelle le capitaine Kelch était une âme dirigeante de Great Lakes. À mon avis, de par ses faits, la présente affaire se situe non pas simplement «à la limite extrême de l’application de la doctrine de l’identification corporative», mais en dehors de cette limite.

Bien que le capitaine Kelch ait été décrit comme faisant partie de la «direction» de Great Lakes et comme étant un expert en dépannage au sein de celle-ci (le juge Hugessen, à la p. 221; le capitaine Lloyd, preuve, audience du 15 septembre 1987, transcription, à la p. 49; et le capitaine Kelch, commission rogatoire, dossier d’appel, ann. I, vol. 3, à la p. 291), il faut aller au-delà de ces étiquettes et examiner les responsabilités et les fonctions du capitaine Kelch dans la hiérarchie de Great Lakes en les comparant à celles des capitaines de navires en haute mer. À cet égard, il se dégage nettement de l’ensemble de la preuve que le capitaine Kelch était essentiellement un capitaine de port placé sous la surveillance et les ordres du capitaine Lloyd. Il n’y a rien d’étonnant à ce que, compte tenu de ses vingt-cinq années d’expérience, le capitaine Kelch se soit vu attribuer des responsabilités supplémentaires consistant notamment à entraîner les nouveaux capitaines de remorqueurs, à aider à résoudre les problèmes qui se présentent à l’occasion, et à s’occuper des documents de la

fleet. This authority remained with Captain Lloyd, as is borne out by the evidence.

flotte de Great Lakes. J'estime toutefois que ces tâches supplémentaires ne traduisent pas une délégation au capitaine Kelch de l'autorité directrice en matière de gestion et de surveillance de la flotte de Great Lakes. C'était toujours le capitaine Lloyd qui était investi de cette autorité, comme l'indique d'ailleurs la preuve.

For example, Captain Kelch described both his and Captain Lloyd's role at Great Lakes in the following manner:

Par exemple, le capitaine Kelch a décrit ainsi son rôle et celui du capitaine Lloyd chez Great Lakes:

[TRADUCTION]

Q. At the end of your employment with Great Lakes, you were a fleet captain?

Q. Lorsque vous avez cessé de travailler chez Great Lakes, vous étiez capitaine de flotte n'est-ce pas?

A. Port captain, or whatever.

R. Capitaine de port ou quelque chose du genre.

Q. What were your duties?

Q. Quelles étaient vos fonctions?

. . . .

d

A. Flunkie. . . . I was a flunkie, believe me, more or less a trouble shooter. I would make tows. I could communicate pretty good with the unions, you know, really.

R. Homme à tout faire Croyez-moi, j'étais l'homme à tout faire, plus ou moins un expert en dépannage. Je pouvais communiquer assez bien avec les syndicats, vous savez, sans blague.

. . . .

. . . .

Q. Chick Lloyd was mentioned. Who exactly is he?

Q. On a parlé de Chick Lloyd. Qui est-il au juste?

. . . .

f

A. He is the flunkie now. He was the operations manager. He was a vice-president.

R. C'est maintenant lui l'homme à tout faire. Il était à l'époque directeur des opérations. Il était vice-président.

Q. He was a vice-president and operations manager. What were the nature of his duties then?

Q. Il était vice-président et directeur des opérations. En quoi consistaient alors ses fonctions?

A. Well, he could make prices on the tows. They would come to him if somebody wanted a specific tow or tug or anything like that.

R. Bien, il pouvait fixer les prix de remorquage. Ceux qui voulaient un remorquage ou un remorqueur précis, ou quoi que ce soit du genre, s'adressaient à lui.

Q. Was he responsible for crewing the tugs?

Q. Était-il chargé du choix de l'équipage des remorqueurs?

A. Well, in a way. I mean he had a lot of people that if he didn't want them on there, they didn't go. He was in charge of the whole operation, really, as far as the marine end of it, you know.

R. Eh bien, d'une certaine manière. C'est-à-dire qu'il y avait bien des gens qui, s'il ne les voulait pas à bord, restaient là. C'est lui en réalité qui dirigeait l'ensemble des opérations maritimes, voyez-vous.

Q. And I take it then he was your supervisor?

Q. Je suppose donc qu'il était votre surveillant?

A. My supervisor, my immediate supervisor, yes.

R. Mon surveillant, mon surveillant immédiat, oui.

Q. Did you report only to him?

Q. C'est à lui seul que vous rendiez compte?

A. Just about. I never had any cause to report to anyone one else unless, of course, you call into the dispatcher. I mean, I was under Chick Lloyd. I did—whatever rotten job he had for me, I done.

(Captain Kelch, Commission Evidence, Appeal Book, app. I, vol. 3, at pp. 404-6; see also pp. 299 and 411.)

In terms of Captain Kelch's role as towmaster of the flotilla, evidence was led at trial to show that it was not out of the ordinary practice for the captain of the lead tug to act as master of a flotilla (Captain Lyons, Evidence, hearing September 15, 1987, transcript at pp. 130-31). Arranging for additional tugs was also a component of the exercise of navigational responsibilities. While Captain Kelch did not require authorization to engage a fourth tug, he frequently reported to Captain Lloyd about his actions (Denault J., at p. 107). His extensive authority in navigational matters was not unusual in the trade. In this regard, we should bear in mind that, by necessity and tradition, the discretion of a master in the performance of his or her assigned role is a wide one that generally extends to all acts that are usual and necessary for the use and employment of a ship: *Grant v. Norway* (1851), 20 L.J.C.P. 93, at p. 98. A master's discretion in navigational matters does not derive from delegation of central authority but from tradition and necessity. The very nature of the shipping business makes it impractical for a ship's master to call in for instructions to deal with routine navigational concerns. In this respect, the appellant submits, correctly in my mind, that to find Captain Kelch a directing mind of Great Lakes on the basis of his authority in navigational matters while at sea would virtually nullify the effect of the limitation of liability provisions within the *Canada Shipping Act*.

R. À peu près. Je n'ai jamais eu à rendre compte à personne d'autre, à moins, bien entendu, que vous ne comptiez le répartiteur. En fait, j'étais sous les ordres de Chick Lloyd. Je faisais—toutes les sales besognes qu'il me collait, je les faisais.

(Le capitaine Kelch, commission rogatoire, dossier d'appel, ann. I, vol. 3, aux pp. 404 à 406; voir aussi pp. 299 et 411.)

En ce qui concerne le rôle du capitaine Kelch comme maître de remorquage de la flottille, on a produit en première instance des éléments de preuve établissant qu'il n'y avait rien d'exceptionnel à ce que le capitaine du remorqueur de tête fasse office de commandant de flottille (le capitaine Lyons, preuve, audience du 15 septembre 1987, transcription, aux pp. 130 et 131). Veiller à retenir les services de remorqueurs supplémentaires faisait également partie des fonctions liées à la navigation. Même si le capitaine Kelch n'avait pas besoin d'une autorisation pour retenir les services d'un quatrième remorqueur, il rendait souvent compte de ses actes au capitaine Lloyd (le juge Denault, à la p. 107). Le large pouvoir qu'il détenait en matière de navigation n'était pas inhabituel dans le métier. Il convient de se rappeler à ce propos que, par nécessité et par tradition, le pouvoir discrétionnaire d'un capitaine dans l'exercice de ses fonctions est large et englobe généralement tous les actes qui sont usuels et nécessaires pour l'utilisation d'un navire: *Grant c. Norway* (1851), 20 L.J.C.P. 93, à la p. 98. Le pouvoir discrétionnaire du capitaine en matière de navigation découle non pas de la délégation du pouvoir central, mais bien de la tradition et de la nécessité. De par la nature même de l'industrie du transport maritime, le capitaine d'un navire peut difficilement demander des directives pour régler des problèmes courants de navigation. À cet égard, l'appelante fait valoir, avec justesse selon moi, que ce serait rendre presque inopérantes les dispositions relatives à la limitation de responsabilité contenues dans la *Loi sur la marine marchande du Canada* que de conclure que le capitaine Kelch était une âme dirigeante de Great Lakes, en raison du pouvoir en matière de navigation qu'il possédait pendant qu'il était en mer.

It should be noted that the managerial complexity of shipping companies is not a novel development of which earlier formulations of the corporate identification doctrine were not cognizant. Keeping in mind Estey J.'s observations in *Canadian Dredge & Dock, supra*, one cannot truly say that the authority over navigational matters enjoyed by Captain Kelch is the sort of delegation which conferred "governing executive authority" over the management of Great Lakes' ships. It is in the very nature of seafaring that the master must be invested with discretion to respond to variations in the weather, the tides, and other navigational matters. It does not flow from this necessary delegation that the master is thereby invested with the full discretion to act without guidance from supervisors in relation to matters of corporate policy, such that he can be said to have been delegated managerial authority. Nor can it be said that a master is free from control and instruction from those at Great Lakes responsible for the supervision and management of its fleet (i.e., Captain Lloyd). The fact that Captain Lloyd may have been lax in his supervision of Captain Kelch does not alter the fact that Kelch was essentially a servant of Great Lakes.

With respect, I think that the courts below over-emphasized the significance of sub-delegation in this case. The key factor which distinguishes directing minds from normal employees is the capacity to exercise decision-making authority on matters of corporate policy, rather than merely to give effect to such policy on an operational basis, whether at head office or across the sea. While Captain Kelch no doubt had certain decision-making authority on navigational matters as an incident of his role as master of the tug *Ohio* and was given important operational duties, governing authority over the management and operation of Great Lakes' tugs lay elsewhere. Therefore, I am of the view that the courts below erred in holding that Captain Kelch was part of the directing mind and will of Great Lakes. As a result, the collision

Il est à noter que la complexité de la gestion des compagnies de transport maritime n'est pas une nouveauté dont ne tenaient pas compte les formulations antérieures de la théorie de l'identification à la personne morale. Si on garde à l'esprit les observations du juge Estey dans *Canadian Dredge & Dock*, précité, on ne peut vraiment affirmer que le pouvoir en matière de navigation dont jouissait le capitaine Kelch constitue le genre de délégation qui conférerait l'«autorité directrice» relative à la gestion des navires de Great Lakes. C'est la nature même de la navigation qui exige que le capitaine détienne un pouvoir discrétionnaire lui permettant de réagir à tous les changements de temps, de marées et à d'autres problèmes de navigation. Il ne découle pas de cette délégation nécessaire que le capitaine se trouve par le fait même investi du plein pouvoir discrétionnaire d'agir sans les conseils de surveillants à l'égard des questions de politique générale de la personne morale, de manière à pouvoir dire qu'on lui a délégué un pouvoir de gestion. On ne saurait davantage prétendre qu'un capitaine n'est assujéti à aucun contrôle ni à aucune directive de la part des personnes qui, chez Great Lakes, sont chargées de la surveillance et de la gestion de sa flotte (savoir le capitaine Lloyd). Il se peut que le capitaine Lloyd ait relâché sa surveillance du capitaine Kelch, mais il n'en demeure pas moins que ce dernier était essentiellement un préposé de Great Lakes.

En toute déférence, je crois que les juridictions inférieures ont trop insisté sur l'importance de la subdélégation en l'espèce. Le facteur clé qui permet de distinguer les âmes dirigeantes des employés ordinaires est la capacité d'exercer un pouvoir décisionnel sur les questions de politique générale de la personne morale, plutôt que le simple fait de mettre en œuvre ces politiques dans un cadre opérationnel, que ce soit au siège social ou en mer. Même s'il ne fait pas de doute que le capitaine Kelch détenait en matière de navigation un certain pouvoir décisionnel qui découlait de son rôle de capitaine du remorqueur *Ohio*, et qu'il s'est vu attribuer d'importantes fonctions sur le plan des opérations, c'est un autre que lui qui était investi de l'autorité directrice relative à la gestion et l'exploitation des remorqueurs de Great Lakes. Je suis

between the *Rhône* and the *Widener* did not occur with the actual fault or privity of Great Lakes.

2. *Does Section 647(2) Apply to Limit Great Lakes' Liability with Respect to Errors Committed in the Navigation of Other Vessels Within the Flotilla not Owned by Great Lakes?*

Because I am of the view that the courts below erred in finding Captain Kelch a directing mind of Great Lakes, it is necessary to consider the respondents' alternative argument that s. 647(2) does not extend to limit Great Lakes' liability for Captain Kelch's direction of other vessels within the flotilla not owned by it. For ease of reference, I reproduce again s. 647(2)(d):

647. . . .

(2) The owner of a ship . . . is not, where any of the following events occur without his actual fault or privity, namely,

(d) where any loss or damage is caused to any property . . . through

(i) the act or omission of any person, whether on board that ship or not, in the navigation or management of the ship, . . . or

(ii) any other act or omission of any person on board that ship;

The respondents contend that Captain Kelch was negligent with respect to the navigation not only of the *Ohio* but also of the *Ste. Marie II*, *Rival*, and *Widener*. As such, they submit that Great Lakes cannot limit its liability under s. 647(2)(d)(i). This provision allows a shipowner only to limit its liability for damage caused through the navigation or management of its own ships. Since it is alleged that the collision was caused through acts or omis-

donc d'avis que les juridictions inférieures ont commis une erreur en statuant que le capitaine Kelch faisait partie de l'âme dirigeante de Great Lakes. Par conséquent, la collision entre le *Rhône* et le *Widener* s'est produite sans faute ou complicité réelle de la part de Great Lakes.

2. *Le paragraphe 647(2) s'applique-t-il de manière à limiter la responsabilité de Great Lakes relativement aux erreurs commises dans la navigation d'autres navires de la flottille qui ne lui appartenaient pas?*

Comme j'estime que les juridictions inférieures ont commis une erreur en concluant que le capitaine Kelch était une âme dirigeante de Great Lakes, il faut étudier le moyen subsidiaire des intimés selon lequel le par. 647(2) ne s'applique pas de manière à limiter la responsabilité de Great Lakes résultant du commandement exercé par le capitaine Kelch sur d'autres navires de la flottille qui n'appartenaient pas à cette compagnie. Pour en faciliter la consultation, je reproduis de nouveau l'al. 647(2)d):

647. . . .

(2) Le propriétaire d'un navire [. . .] n'est pas, lorsque l'un quelconque des événements suivants se produit sans qu'il y ait faute ou complicité réelle de sa part, savoir:

d) avarie ou perte de biens . . .

(i) par l'acte ou l'omission de toute personne, qu'elle soit ou non à bord du navire, dans la navigation ou la conduite du navire, [. . .] ou

(ii) par quelque autre acte ou omission de la part d'une personne à bord du navire;

Les intimés soutiennent que le capitaine Kelch a fait preuve de négligence dans la navigation non seulement de l'*Ohio* mais aussi du *Ste. Marie II*, du *Rival* et du *Widener*. En conséquence, font-ils valoir, Great Lakes ne saurait limiter sa responsabilité aux termes du sous-al. 647(2)d)(i). Suivant cette disposition, le propriétaire d'un navire ne peut limiter sa responsabilité qu'à l'égard des avaries causées par la navigation ou la conduite de ses

sions of Captain Kelch in the navigation of vessels not owned by Great Lakes, the respondents submit that the appellant cannot rely on this provision to limit its liability. Moreover, the respondents contend that s. 647(2)(d)(ii) should not be interpreted to apply in this case since it would require this Court to accept that any act or omission of Captain Kelch on board the *Ohio* would be subject to limited liability regardless of whether it is related to the operation of that vessel. In this regard, the respondents highlight that Captain Kelch's directions related not only to the operation of the *Ohio* but also to the overall navigation of the flotilla.

A similar argument was addressed and unanimsly rejected by the Court of Appeal in *The Bramley Moore*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 429. In that case, the owners of a tug brought an action to limit their liability under the English equivalent to s. 647(2) of the *Canada Shipping Act* for a collision between a barge being towed by the tug and a third vessel. The tug and tow were separately owned. Counsel for the third vessel contended that the tug's owners were not entitled to limit their liability. They argued that it was by reason of the improper navigation of both tug and tow that the collision occurred and, therefore, a claim could not be made out under the statute both prior to and after its amendment in 1958. The relevant portion of the statute prior to 1958 provided that the "owners of a ship" could limit their liability for damage caused to another vessel "by reason of the improper navigation of the ship." Accordingly, it was submitted that since the collision was not only caused by reason of the improper navigation of the tug but also the tow, the tug owner was not able to claim the benefit of limited liability under the statute.

propres navires. Les intimés font valoir que, puisqu'on allègue que la collision a été causée par les actes ou les omissions du capitaine Kelch dans la navigation de navires qui n'appartenaient pas à Great Lakes, l'appelante ne saurait invoquer cette disposition pour limiter sa responsabilité. Les intimés soutiennent en outre que le sous-al. 647(2)d)(ii) ne devrait pas être interprété comme s'appliquant en l'espèce puisque cela obligerait alors notre Cour à admettre que tout acte ou toute omission du capitaine Kelch à bord de l'*Ohio* seraient assujettis à une responsabilité limitée, peu importe que cet acte ou cette omission se rapporte ou non à l'exploitation de ce navire. Les intimés soulignent à ce propos que les directives données par le capitaine Kelch se rapportaient non seulement à l'exploitation de l'*Ohio*, mais aussi à la navigation globale de la flottille.

Un argument analogue a été étudié et rejeté à l'unanimité par la Cour d'appel dans l'affaire *The Bramley Moore*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 429, où les propriétaires d'un remorqueur ont intenté une action visant à limiter, en vertu de la disposition anglaise correspondant au par. 647(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, leur responsabilité à l'égard d'une collision survenue entre une péniche tirée par le remorqueur, et un troisième navire. Le remorqueur et la péniche appartenaient à des propriétaires différents. Les avocats du troisième navire ont fait valoir que les propriétaires du remorqueur n'avaient pas le droit de limiter leur responsabilité. Ils ont fait valoir que c'était en raison de la mauvaise navigation du remorqueur et de la péniche que la collision s'était produite et que, par conséquent, la Loi ne pouvait être invoquée avec succès, ni avant ni après la modification qu'elle avait subie en 1958. La partie pertinente de la loi antérieure à 1958 prévoyait que les [TRADUCTION] «propriétaires d'un navire» pouvaient limiter leur responsabilité à l'égard des avaries causées à un autre navire [TRADUCTION] «en raison de la mauvaise navigation du navire». On a donc fait valoir qu'étant donné que la collision avait été causée en raison de la mauvaise navigation non seulement du remorqueur, mais aussi de la péniche remorquée, le propriétaire du remorqueur ne pouvait demander à bénéficier de la limitation de responsabilité prévue par la Loi.

Lord Denning, M.R., writing for the court, dismissed this argument on two separate grounds. First, he highlighted that the statutory provision required courts to consider the cause of the damage. He reasoned that, at least in the case of separate ownership, where only those on board a tug are negligent, the true cause of the damage is the improper navigation of the tug and not the tow. In those circumstances, the statute would apply without question to limit the liability of the tug owner. He reasoned at p. 436:

It can well be said that the owners of the tug were guilty of "improper navigation" of the barge — in that they were in control of the movement of the barge through the water. But the section requires you also to look at the cause of the damage. That is clear from the words "by reason of". And in a case where those on the tug are negligent, and those on the barge are not, the cause of the damage is in truth the improper navigation of the tug, not the improper navigation of the barge. It is the tug which is the cause of all the trouble. That is, at any rate, the way in which these cases have been regarded in the past This must be on the assumption that the damage is "by reason of the improper navigation" of the tug, but not "by reason of the improper navigation" of the tow.

Second, Lord Denning found that, in any event, the argument that the tug owners' right to limit their liability was conditional on their being owners of the barge was dispelled by virtue of the 1958 amendment to the Act. This amendment expanded the scope of limited liability to also include damage caused to any property "through any other act or omission of any person on board the ship." Applying this statutory provision to the fact situation at hand, Lord Denning observed at p. 437:

If those on board the tug are negligent and those on board the tow are not, and the tow comes into collision

Le maître des rôles lord Denning, qui a rédigé les motifs de la cour, a rejeté cet argument pour deux motifs distincts. Il a d'abord souligné que la disposition législative obligeait les tribunaux à prendre en considération la cause de l'avarie. D'après lui, la cause véritable de l'avarie est la mauvaise navigation du remorqueur et non du bâtiment remorqué, du moins dans le cas où les deux bâtiments appartiennent à des propriétaires différents et où il n'y a négligence que de la part des personnes à bord du remorqueur. Dans ces circonstances, la loi s'appliquerait incontestablement pour limiter la responsabilité du propriétaire du remorqueur. Il a formulé le raisonnement suivant, à la p. 436:

[TRADUCTION] On peut bien dire que les propriétaires du remorqueur se sont rendus coupables de «mauvaise navigation» de la péniche en ce sens que c'étaient eux qui contrôlaient ses déplacements sur l'eau. Mais l'article exige que l'on tienne compte aussi de la cause de l'avarie. C'est ce qui ressort clairement de l'expression «en raison de». Et dans un cas où il y a négligence de la part des personnes à bord du remorqueur, mais non de la part de celles à bord de la péniche, la cause de l'avarie est en réalité la mauvaise navigation du remorqueur et non la mauvaise navigation de la péniche. C'est le remorqueur qui est à l'origine de tout le problème. En tout cas, c'est sous cet angle que ces affaires ont été considérées dans le passé [. . .] Cette conclusion doit reposer sur l'hypothèse selon laquelle l'avarie s'est produite «en raison de la mauvaise navigation» du remorqueur et non «en raison de la mauvaise navigation» du bâtiment remorqué.

Lord Denning a conclu ensuite que, de toute façon, l'argument selon lequel le droit des propriétaires du remorqueur de limiter leur responsabilité tenait à ce qu'ils soient également propriétaires de la péniche tombait par suite de la modification apportée à la Loi en 1958. Cette modification a élargi la portée de la responsabilité limitée de manière à ce qu'elle englobe toute avarie causée à des biens [TRADUCTION] «par quelque autre acte ou omission de la part d'une personne à bord du navire». Appliquant cette disposition législative aux faits de l'affaire, lord Denning fait remarquer ce qui suit, à la p. 437:

[TRADUCTION] Si les personnes se trouvant à bord du remorqueur font preuve de négligence alors que tel n'est

with another vessel, then clearly the damage is caused through an "act or omission of any person on board the tug". If you insert the appropriate words into the section as now amended, it reads in this way: "The owners of a tug shall not, where damage is caused through any act or omission of any person on board the tug, be liable in damages" beyond an amount calculated on the tonnage of the tug. So read, it seems clearly to cover the case when those on the tug are negligent and those on the tow are not. It shows that the owners of the tug can limit their liability according to the tonnage of the tug.

The respondents, in the case at bar, contend that Captain Kelch's orders to turn at the Seaway entrance buoy and to proceed at full speed once the turn had been made involved not only Great Lakes' tugs but also the *Rival* and *Ste. Marie II*. Therefore, it is argued that these acts of Captain Kelch, which were expressly found by the courts below to have caused the resulting casualty, involved the navigation of vessels not owned by Great Lakes, thereby foreclosing its ability to rely on s. 647(2)(d)(i). Moreover, they argue that it is implicit in the trial judge's reasons and findings that Captain Kelch's omission to order the drop of the *Widener's* anchor contributed to the collision. In this regard, the respondents contend that this case can be distinguished from cases such as the *Robertson v. Owners of the Ship Maple Prince*, [1955] Ex. C.R. 225 (which have held that where a tug and tow are separately owned, a casualty arising from the navigation of the tow should be attributed to the tug) since Captain Kelch was capable of navigating the *Widener* without the use of the *Ohio*.

Accepting for the sake of argument that the cause of the collision must be attributed to Captain Kelch's navigation not only of the *Ohio* but also the other vessels within the flotilla not owned by Great Lakes, the respondents' argument nonethe-

pas le cas des personnes à bord du bâtiment remorqué, et que ce dernier entre en collision avec un autre navire, les dommages résultent alors clairement de «l'acte ou de l'omission d'une personne à bord du remorqueur». Si l'on insérait les mots appropriés dans l'article tel qu'il est maintenant modifié, il serait ainsi libellé: «Les propriétaires d'un remorqueur ne sont pas, lorsque les dommages résultent de l'acte ou de l'omission d'une personne se trouvant à son bord, responsables de ces dommages» au-delà d'un montant calculé en fonction de la jauge du remorqueur. Ainsi formulé, l'article semble clairement viser le cas où les personnes à bord du remorqueur sont négligentes alors que celles se trouvant à bord du bâtiment remorqué ne le sont pas. Il en ressort que les propriétaires d'un remorqueur peuvent limiter leur responsabilité suivant la jauge de leur navire.

Les intimés en l'espèce soutiennent que les ordres du capitaine Kelch d'effectuer le virage à la bouée marquant l'entrée de la voie maritime et de naviguer à toute vapeur une fois le virage effectué visaient non seulement les remorqueurs de Great Lakes, mais aussi le *Rival* et le *Ste. Marie II*. Ils prétendent donc que ces actes du capitaine Kelch, qui, selon les conclusions expresses des juridictions inférieures, ont causé l'accident en cause, se rapportaient à la navigation de navires n'appartenant pas à Great Lakes, de sorte que cette dernière ne pouvait pas invoquer le sous-al. 647(2)d)(i). Les intimés font valoir en outre qu'il se dégage implicitement des motifs et des conclusions du juge de première instance que l'omission du capitaine Kelch d'ordonner de jeter l'ancre du *Widener* a contribué à causer la collision. À cet égard, les intimés soutiennent que la présente instance peut être distinguée des affaires comme *Robertson c. Owners of the Ship Maple Prince*, [1955] R.C. de l'É. 225 (dans lesquelles il a été décidé que, lorsqu'un remorqueur et un bâtiment remorqué appartiennent à des propriétaires différents, un accident résultant de la navigation du bâtiment remorqué devrait être imputé au remorqueur), puisque le capitaine Kelch était en mesure de diriger le *Widener* sans avoir recours au *Ohio*.

Même si l'on admet, aux fins de la discussion, que la cause de la collision doit être imputée à la façon dont le capitaine Kelch a dirigé non seulement l'*Ohio*, mais aussi les autres navires de la flotille qui n'appartenaient pas à Great Lakes, l'ar-

less fails on the clear words of s. 647(2)(d)(ii). This provision provides that Great Lakes, as owner of the *Ohio*, may limit its liability for damage caused to another vessel through “any other act or omission of any person on board [that] ship.”^a Therefore, Great Lakes may limit its liability since the cause of the collision consisted of acts or omissions of Captain Kelch on board the *Ohio*.

Interpreting s. 647(2) in this manner to limit the appellant’s liability accords not only with the clear words of the statute but also with the purpose underlying this section, namely, removing the threat of unlimited liability to a shipowner. In this regard, we should recall the role of limited liability for shipowners in the development of modern shipping enterprises and in the facilitation of insurance coverage: see *Marpole Towing*, *supra*, at p. 338; *The Garden City*, *supra*, at p. 398; and Christopher Hill, *Maritime Law* (3rd ed. 1989), at p. 242. As has often been observed, the origin of these limitation provisions rests with the desire to promote commerce and international trade by affording shipowners protection from the full impact and perhaps ruinous pecuniary liability arising from acts of navigation over which they have no personal control.

Certainly, a number of commentators have drawn into question the continued need for limited liability in this day and age of corporations and developed insurance markets: e.g., Grant Gilmore and Charles L. Black, *The Law of Admiralty* (2nd ed. 1975), at p. 822. However, whether this regime is responsive to modern realities is a question of policy to be determined by Parliament and not the courts whose task is to interpret and give effect to the intention of Parliament. In this regard, I con-

gument des intimés échoue néanmoins devant les termes clairs du sous-al. 647(2)d(ii). Aux termes de cette disposition, Great Lakes, en qualité de propriétaire de l’*Ohio*, peut limiter sa responsabilité à l’égard des avaries causées à un autre navire par «quelque autre acte ou omission de la part d’une personne à bord [de ce] navire». Par conséquent, Great Lakes peut limiter sa responsabilité étant donné que la cause de la collision consistait en des actes ou en des omissions du capitaine Kelch à bord de l’*Ohio*.

Interpréter ainsi le par. 647(2) de manière à limiter la responsabilité de l’appelante est conforme non seulement aux termes clairs de la Loi, mais aussi à l’objet qui sous-tend ce paragraphe, qui est de dissiper la menace que la responsabilité illimitée représente pour un propriétaire de navire. Il y a lieu à ce propos de se rappeler le rôle de la responsabilité limitée des propriétaires de navires dans la création des entreprises modernes de transport maritime et pour ce qui est de faciliter l’obtention d’assurances: voir *Marpole Towing*, précité, à la p. 338, *The Garden City*, précité, à la p. 398, et Christopher Hill, *Maritime Law* (3^e éd. 1989), à la p. 242. Comme on l’a souvent fait remarquer, ces dispositions en matière de limitation de responsabilité tirent leur origine de la volonté de favoriser le commerce et les échanges internationaux en accordant aux propriétaires de navires une protection contre toutes les conséquences, pouvant aller jusqu’à une responsabilité pécuniaire ruineuse, d’actes de navigation sur lesquels ils n’ont personnellement aucun contrôle.

Un certain nombre de commentateurs se sont certes interrogés sur la nécessité de maintenir la responsabilité limitée en notre ère de personnes morales et de marchés d’assurances établis: par exemple, Grant Gilmore et Charles L. Black, *The Law of Admiralty* (2^e éd. 1975), à la p. 822. Toutefois, la question de savoir si ce régime tient compte des réalités modernes en est une de principe qui doit être tranchée par le Parlement et non pas par les tribunaux, dont la tâche consiste à interpréter l’intention du Parlement et à la mettre à exé-

sider the following comment by Lord Denning in *The Bramley Moore*, *supra*, at p. 437 apposite:

The principle underlying limitation of liability is that the wrongdoer should be liable according to the value of his ship and no more. A small tug has comparatively small value and it should have a correspondingly low measure of liability, even though it is towing a great liner and does great damage. I agree that there is not much room for justice in this rule; but limitation of liability is not a matter of justice. It is a rule of public policy which has its origin in history and its justification in convenience.

Accordingly, Great Lakes is not precluded from limiting its liability under s. 647(2) under the respondents' alternative argument.

3. *In the Event that Great Lakes Is Entitled to Limit its Liability Under Section 647(2), Is the Appropriate Unit of Limitation Under Section 647(2) the Tonnage of the Tug Ohio Alone or the Aggregate Tonnage of the Tugs Ohio and South Carolina?*

Great Lakes submits that, in the event that it is found able to limit its liability under s. 647(2), its limitation should be restricted to the tonnage of the tug *Ohio*. The respondents, however, contend that the proper unit of limitation is the combined tonnage of the two tugs owned by the appellant, the *Ohio* and *South Carolina*. They submit that the collision was caused in part by the combined navigation of both these tugs by the same servant of the appellant. Therefore, they argue that liability should be calculated according to the aggregate tonnage of the "wrongdoing mass". The *Canada Shipping Act* provides that a shipowner's liability may be limited according to the tonnage of its vessel whose navigation or management caused the resulting damage or on which the impugned acts or omissions giving rise to liability occurred. However, a review of Anglo-Canadian jurisprudence, relating to the limitation of liability for collisions involving tugs and tows, reveals some divergence of opinion as to which vessels belonging to a shipowner must be taken into account in determining

attention. Je tiens pour pertinente à cet égard l'observation suivante de lord Denning dans l'arrêt *The Bramley Moore*, précité, à la p. 437:

[TRADUCTION] Le principe sous-tendant la limitation de la responsabilité est que l'auteur de la faute devrait être tenu responsable suivant au plus la valeur de son navire. Un petit remorqueur a une valeur moindre et devrait ainsi encourir un degré moindre de responsabilité, même s'il prend en remorque un gros navire de ligne et cause d'importants dommages. Je conviens que cette règle n'est pas particulièrement juste, mais la limitation de responsabilité n'est pas une question de justice. C'est une règle dictée par l'intérêt public qui puise son origine dans l'histoire et qui se justifie par son utilité.

Par conséquent, quoi qu'en disent les intimés dans leur moyen subsidiaire, rien n'empêche Great Lakes de limiter sa responsabilité en vertu du par. 647(2).

3. *Au cas où Great Lakes aurait le droit de limiter sa responsabilité en vertu du par. 647(2), convient-il aux fins de ce paragraphe de fixer la limitation en fonction de la jauge du remorqueur Ohio seulement, ou bien en fonction de la jauge totale des remorqueurs Ohio et South Carolina?*

Great Lakes fait valoir que, si on juge qu'elle peut limiter sa responsabilité en vertu du par. 647(2), cette limitation devrait se borner à la jauge du remorqueur *Ohio*. Les intimés soutiennent toutefois que la limitation devrait être établie en fonction de la jauge totale des deux remorqueurs de l'appelante, soit l'*Ohio* et le *South Carolina*. Ils prétendent que la collision a résulté en partie de la navigation de ces deux remorqueurs par le même employé de l'appelante. Ils prétendent donc que la responsabilité devrait se calculer selon la jauge totale de la [TRADUCTION] «masse fautive». Aux termes de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, la responsabilité du propriétaire d'un navire peut être limitée en fonction de la jauge de son navire dont la navigation ou la conduite a causé l'avarie ou à bord duquel ont eu lieu les actes ou les omissions reprochés qui engagent la responsabilité. Cependant, la jurisprudence anglo-canadienne concernant la limitation de la responsabilité pour les collisions impliquant des remorqueurs et des bâtiments remorqués révèle une cer-

the extent of the shipowner's liability. As such, it is appropriate to review the case law briefly before stating my conclusion on this point.

Early English case law accepted that, where a tug and tow are commonly owned, navigational errors committed by the employees of the shipowner, while on board the tug, are also errors in the navigation of the tow thereby giving rise to liability to the shipowner as both owner of the tug and tow: *The Ran*; *The Graygarth*, [1922] P. 80 (C.A.); *The Harlow*, [1922] P. 175 (Adm.); and *The Freden* (1950), 83 Ll. L. Rep. 427 (Adm.). Accordingly, the appropriate unit of limitation was that of both tug and tow.

Canadian courts adopted a similar stance. In *Owners of the M.S. Pacific Express v. The Tug Salvage Princess*, [1949] Ex. C.R. 230, the court relied on *The Ran* and *The Harlow* to conclude that, where a tug and tow are commonly owned, liability will be limited according to the aggregate tonnage of both despite the fact that only the tug could be said to have been negligent. Sidney Smith D.J.A. commented at pp. 234-35:

But to do this they must bring into account the tonnage of those of their vessels as may have contributed to the damage by actual impact, or by their momentum. Liability must be calculated on the aggregate tonnage of the wrong-doing mass. I think this is the effect of *The Ran*; *The Graygarth* case *supra*, as explained in the *Harlow* case *supra*. Here the tonnage in question must be that of tug plus barge; for, to slightly modify the language of plaintiffs' submission, "the tug and derrick-barge were lashed together as a unit during the whole of the rele-

taine divergence d'opinions sur la question de savoir lesquels des navires d'un propriétaire doivent être pris en considération pour déterminer l'étendue de la responsabilité de ce dernier. Cela étant, il convient d'examiner brièvement la jurisprudence avant de formuler ma conclusion sur ce point.

Dans les premières décisions anglaises, on a accepté que, si le remorqueur et le bâtiment remorqué appartiennent au même propriétaire, les erreurs de navigation commises par les employés de ce dernier, lorsqu'ils sont à bord du remorqueur, constituent également des erreurs dans la navigation du bâtiment remorqué, qui engagent ainsi la responsabilité du propriétaire en sa double qualité de propriétaire du remorqueur et de propriétaire du bâtiment remorqué: *The Ran*; *The Graygarth*, [1922] P. 80 (C.A.), *The Harlow*, [1922] P. 175 (Adm.), et *The Freden* (1950), 83 Ll. L. Rep. 427 (Adm.). C'était donc en fonction à la fois du remorqueur et du bâtiment remorqué que devait se fixer la limitation.

Les tribunaux canadiens ont adopté une position analogue. Dans *Owners of the M.S. Pacific Express c. The Tug Salvage Princess*, [1949] R.C. de l'É. 230, la cour s'est appuyée sur les décisions *The Ran* et *The Harlow* pour conclure que, lorsqu'un remorqueur et un bâtiment remorqué appartiennent au même propriétaire, la responsabilité sera limitée selon la jauge totale des deux, même si l'on peut dire que la négligence ne peut être imputée qu'au remorqueur. Le juge Sidney Smith (juge de district en amirauté) fait observer, aux pp. 234 et 235:

[TRADUCTION] Mais pour ce faire, ils doivent tenir compte de la jauge de ceux de leurs navires qui, soit par la collision comme telle, soit par leur élan, ont pu contribuer à causer l'avarie. La responsabilité doit s'évaluer en fonction de la jauge totale de la masse fautive. Voilà ce qui découle, je crois, de la décision *The Ran*; *The Graygarth*, précitée, d'après l'explication qu'on en donne dans la décision *Harlow*, précitée. En l'espèce, la jauge en question doit être celle du remorqueur plus celle de la péniche, car, pour modifier légèrement les termes utilisés par les demandeurs dans leur argument, «le remorqueur et la péniche-derrick étaient attachés ensemble de manière à former une seule entité pendant

vant period; it was a case of the one vessel, one owner, one master, one group of employees of that owner”.

However, in *Maple Prince*, *supra*, Sidney Smith D.J.A. drew a distinction between cases in which the tug and tow are separately and commonly owned. The court in that case held a tug owner was entitled to limit its liability based on the tonnage of the tug alone for a collision between its tow and a third vessel because, unlike the situation in *Pacific Express*, *supra*, the tug and tow were not owned by the same person. He observed at pp. 228-29:

I think the language of the decisions on limitations taken in its full effect indicates that the ships that must be brought into account in fixing a tonnage-basis of liability are the defendant's ships that are “guilty” in the affair of the collision. . . . Where the barges do not belong to the tug-owner, they are not “guilty”, and so are not to be considered.

The issue came before this Court in *Monarch Towing & Trading Co. v. British Columbia Cement Co.*, [1957] S.C.R. 816. *Monarch* owned the tug and chartered the unmanned scow which became stranded and sank during the voyage. The owner of the scow sued the tug owner. Negligence was admitted and the tug owner brought an action to limit its liability. For purposes of the limitation provisions, “owner” was defined to include the “lessee or charterer of any vessel responsible for the navigation thereof”. Consequently, *Monarch* was deemed both the owner of the tug and scow. When it sought to limit its liability, it argued that the appropriate measure of its liability should be the tonnage of the tug alone since the actual negligence occurred on the tug. This Court rejected that

toute la période en cause; il s’agissait donc en fait d’un seul navire, d’un seul propriétaire, d’un seul capitaine et d’un seul groupe d’employés de ce propriétaire».

Toutefois, dans la décision *Maple Prince*, précitée, le juge Sidney Smith a fait une distinction entre les cas où le remorqueur et le bâtiment remorqué appartiennent à des propriétaires différents et ceux dans lesquels ils appartiennent au même propriétaire. Dans cette affaire, la cour a statué qu’un propriétaire de remorqueur pouvait limiter en fonction de la jauge du seul remorqueur sa responsabilité à l’égard d’une collision entre le bâtiment remorqué et un troisième navire parce que, contrairement à la situation qui se présentait dans l’affaire *Pacific Express*, précitée, le remorqueur et le bâtiment remorqué n’appartenaient pas à la même personne. Le juge Sidney Smith fait remarquer, aux pp. 228 et 229:

[TRADUCTION] Je crois que, si l’on donne aux décisions en matière de limitation de responsabilité leur plein effet, il en ressort que les navires dont il faut tenir compte pour déterminer la responsabilité en fonction de la jauge sont les navires du défendeur qui sont «coupables» de la collision [. . .] Lorsque les péniches n’appartiennent pas au propriétaire du remorqueur, elles ne sont pas «coupables» et ne doivent donc pas être prises en considération.

Notre Cour a été saisie de cette question dans l’affaire *Monarch Towing & Trading Co. c. British Columbia Cement Co.*, [1957] R.C.S. 816. *Monarch* était propriétaire du remorqueur et avait affrété un chaland sans équipage qui a échoué et coulé au cours du voyage. Le propriétaire du chaland a poursuivi la propriétaire du remorqueur. Celle-ci, ayant reconnu qu’il y avait eu négligence, a intenté une action en limitation de sa responsabilité. Aux fins de l’application des dispositions en matière de limitation de la responsabilité, le terme «propriétaire» était défini de manière à comprendre le «locataire ou l’affréteur responsable de la navigation de tout bâtiment». Par conséquent, *Monarch* était réputée propriétaire à la fois du remorqueur et du chaland. En cherchant à limiter sa responsabilité, elle a fait valoir qu’il convenait de n’évaluer sa responsabilité qu’en fonction de la jauge du remorqueur puisque c’est à bord de celui-ci que la négligence avait en fait eu lieu. Notre

argument and held liability should be assessed on the combined tonnage of both vessels.

Kerwin C.J., writing also for Taschereau J. and with Cartwright J. concurring, reasoned that since Monarch was the owner of both vessels for purposes of the *Canada Shipping Act* and further that the tow was not an “innocent” ship, the tonnage of both vessels had to be taken into account. He found the scow, as well as the tug, to be negligent on the ground that its stranding was caused by those in command of the tug who were both servants of Monarch and also responsible for the navigation of the scow. As such, this case was found to be distinguishable from *Maple Prince*, *supra*. Locke J. came to the same conclusion without rendering any reasons. Rand J., with Cartwright J. also concurring, observed that liability in this case arose both in contract and tort. As such, he interpreted the term “ship” in then s. 657 of the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1952, c. 29, to include both a tug and its tow performing a contractual undertaking. He observed that the same result would arise if the claim had been based in tort concluding that, since both vessels were owned by Monarch, the negligent navigation of the tug by Monarch’s agents was also attributable to the navigation of the scow and thereby rendered the latter also negligent. The scow was held to be in a “guilty agency” and to be analogous to the barge in *The Ran*, *supra*. Rand J. stated at p. 822:

With a common ownership of two vessels whose combined mismanagement has caused damage through collision to the goods of a shipper in one of them, the liability of the owner is related to the several fault of each of his vessels, that is, they are deemed to be two sources of liability, two distinct agencies with different servants of the same master, each giving rise to a responsibility and

Cour a rejeté cet argument et a décidé que la responsabilité devait être appréciée en fonction de la jauge totale des deux bateaux.

^a Le juge en chef Kerwin, aux motifs duquel les juges Taschereau et Cartwright ont souscrit, a estimé que, comme Monarch était propriétaire des deux bateaux aux fins de la *Loi sur la marine marchande du Canada* et qu’en outre le bâtiment remorqué n’était pas un navire «innocent», il fallait tenir compte de la jauge des deux. Il a conclu à la négligence à la fois du chaland et du remorqueur du fait que l’échouement du chaland avait été causé par les personnes aux commandes du remorqueur, qui étaient toutes les deux employées de Monarch et également responsables de la navigation du chaland. Dans ces circonstances, on a jugé que l’affaire pouvait être distinguée de l’affaire ^b *Maple Prince*, précitée. Le juge Locke est arrivé à la même conclusion sans toutefois la motiver. Le juge Rand, aux motifs duquel le juge Cartwright a également souscrit, a fait observer que la responsabilité dans cette affaire était à la fois contractuelle et délictuelle. Cela étant, il a interprété le terme «navire», qui figurait alors à l’art. 657 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1952, ch. 29, comme englobant un remorqueur et le bâtiment qu’il remorque en exécution d’un contrat. Il a fait remarquer que l’issue aurait été identique s’il s’était agi d’une action délictuelle, concluant que, puisque les deux bateaux appartenaient à Monarch, la négligence dont ses mandataires avaient fait ^c preuve dans la navigation du remorqueur était également imputable à la navigation du chaland, ce qui entraînait aussi la négligence de celui-ci. On a jugé que le chaland était un [TRADUCTION] «intermédiaire coupable» assimilable à la péniche dont il était question dans l’affaire *The Ran*, précitée. Le juge Rand a dit, à la p. 822:

[TRADUCTION] Lorsqu’un même propriétaire possède deux navires dont la mauvaise conduite commune a entraîné une collision qui a causé l’endommagement des marchandises d’un expéditeur transportées à bord de l’un de ces navires, la responsabilité du propriétaire est liée à la faute conjointe de chacun de ses navires, c’est-à-dire que ceux-ci sont réputés constituer deux sources de responsabilité, deux intermédiaires distincts comprenant des employés différents du même employeur, dont

each coming under the limitation of s. 657. [Citation omitted.]

However, when the issue of limited liability came before the English Court of Appeal again in *The Bramley Moore*, *supra*, Lord Denning openly questioned the significance of common ownership in determining the extent of a shipowner's liability. In his opinion, where those on board a tug are negligent and those on a tow are not, the cause of damage is the improper navigation of the tug and not its tow. It is the tug which is the cause of all of the trouble. In this regard, Lord Denning drew into question the decision in *The Ran*, *supra*. He failed to see the relevance of common ownership and found there was "no logical ground" for this special exception allowing for liability to be assessed on the combined tonnage of tug and tow where both are commonly owned. In his opinion, it is only when those on board both the tug and tow are negligent and it is the combined negligence of both vessels which cause the damage that liability against the common owner of both vessels should be based on the combined tonnage of both tug and tow: i.e., *The Harlow*, *supra*. It is important to stress that Lord Denning's comments regarding common ownership were strictly *obiter dictum* since the tug and tow in that case were not commonly owned.

Lord Denning's *obiter* comments were reluctantly followed in *London Dredging Co. v. Greater London Council (The Sir Joseph Rawlinson)*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 437 (Q.B. (Adm. Ct.)). The issue before the court was on what basis could the owners of a tug and tow limit their liability for a collision arising from the negligence of those on board the tug but for which there was no negligence on the part of anyone on the tow. As the tug and barge were owned by the same person, the respondent submitted that the appropriate limit should be the combined tonnage of both ships.

chacun fait naître une responsabilité et relève de la limitation prévue à l'art. 657. [Référence omise.]

Quand, cependant, la question de la responsabilité limitée a de nouveau été soumise à la Cour d'appel d'Angleterre dans l'affaire *The Bramley Moore*, précitée, lord Denning s'est ouvertement interrogé sur l'importance d'avoir un propriétaire commun pour déterminer le degré de responsabilité d'un propriétaire de navire. Selon lui, lorsque les personnes à bord d'un remorqueur font preuve de négligence, et non celles à bord du bâtiment remorqué, la cause de l'avarie est la mauvaise navigation du remorqueur et non du bâtiment qu'il tire. C'est le remorqueur qui est à l'origine de tout le problème. À cet égard, lord Denning a mis en doute la décision rendue dans l'affaire *The Ran*, précitée. Il ne voyait pas la pertinence du propriétaire commun et a conclu qu'il n'existait [TRADUCTION] «aucune justification logique» de cette exception particulière qui permet d'évaluer la responsabilité en fonction de la jauge totale du remorqueur et du bâtiment remorqué lorsqu'ils ont un propriétaire commun. À son avis, ce n'est que dans le cas où il y a négligence de la part des personnes à bord du remorqueur et du bâtiment remorqué et où l'avarie résulte de la négligence commune des deux bateaux qu'il convient de fonder sur la jauge totale du remorqueur et du bâtiment remorqué la responsabilité du propriétaire commun de ces deux bateaux: voir *The Harlow*, précitée. Il importe de souligner que les observations de lord Denning concernant le propriétaire commun étaient purement incidentes puisque le remorqueur et le bâtiment remorqué dont il était alors question n'appartenaient pas au même propriétaire.

Les observations incidentes de lord Denning ont été suivies à contrecœur dans l'affaire *London Dredging Co. c. Greater London Council (The Sir Joseph Rawlinson)*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 437 (Q.B. (Adm. Ct.)). La cour était appelée à déterminer en fonction de quoi les propriétaires d'un remorqueur et d'un bâtiment remorqué pouvaient limiter leur responsabilité à l'égard d'une collision causée par la négligence des personnes à bord du remorqueur, sans qu'il n'y ait eu aucune négligence de la part de qui que ce soit à bord du bâtiment remorqué. Comme le remorqueur et la pén-

Kerr J. expressed great sympathy for the view that the owner of a tug whose barge was also involved in the casualty should be called upon to pay an amount related to both vessels. However, he felt bound by Lord Denning's test of "causative negligence" to hold that liability must be limited according to the tonnage of the tug alone. Consequently, he dismissed the respondent's argument that the English equivalent to our s. 647(2)(d)(i) required liability to be limited according to the tonnage of both tug and tow, stating the following at p. 445:

First, there is the passage by Lord Denning, giving the unanimous judgment of the Court of Appeal, about the effect of causation It seems to me that on the basis of that passage the only causative negligence, which is the negligence to which one must look, must in cases such as this be regarded as negligence in the navigation of the tug, and not negligence in the navigation of the tow or negligence in the navigation of both the tug and tow. Accordingly, whilst it is apparently still correct to say that a person who negligently navigates a tug towing something may be negligent in the navigation both of the tug and the tow, in particular where the damage is caused wholly or as in the present case partly by the tow, it seems to me that the effect of the decision of the Court of Appeal is that the *causative* negligence is in such cases to be treated as negligence in the navigation of the tug alone. I also consider that if this is the correct approach to the statutory position before 1958, then one cannot say that this has been altered by the 1958 Act. [Emphasis in original.]

With the decisions in *The Bramley Moore*, *supra*, and *The Sir Joseph Rawlinson*, it must now be regarded as settled in English jurisprudence that common ownership of a tug and tow is irrelevant for purposes of the limitation of liability provisions of the Act: L. J. Kovats in *The Law of Tugs and Towage* (1980), at p. 172, and Hill, *supra*, at

che appartenaient à la même personne, l'intimé a soutenu que la limitation devait être établie en fonction de la jauge totale des deux bateaux. Le juge Kerr a exprimé une grande sympathie pour le point de vue selon lequel le propriétaire d'un remorqueur, dont la péniche était également impliquée dans l'accident, devrait avoir à payer une somme liée aux deux bateaux. Se sentant toutefois lié par le critère de la [TRADUCTION] «négligence causale» énoncé par lord Denning, il a conclu que la responsabilité doit être limitée en fonction de la jauge du remorqueur seulement. En conséquence, il a rejeté l'argument des intimés voulant que la disposition anglaise équivalente à notre sous-al. 647(2)d(i) exige que la responsabilité soit limitée en fonction de la jauge à la fois du remorqueur et du bâtiment remorqué, affirmant ceci, à la p. 445:

[TRADUCTION] D'abord il y a le passage de lord Denning, qui a rédigé l'arrêt unanime de la Cour d'appel, traitant de l'effet de la causalité. [. . .] Il me semble que, d'après ce passage, la seule négligence causale, qui est celle dont il faut tenir compte, doit dans des cas comme celui qui nous occupe être considérée comme une négligence dans la navigation du remorqueur et non pas dans la navigation du bâtiment remorqué ni dans la navigation des deux. Par conséquent, bien qu'il paraisse encore être exact de dire qu'une personne qui fait preuve de négligence dans la navigation d'un remorqueur qui tire quelque chose peut faire preuve de négligence dans la navigation à la fois du remorqueur et du bâtiment remorqué, surtout lorsque les avaries sont causées en totalité ou, comme c'est le cas en l'espèce, en partie par le bâtiment remorqué, il me semble découler de l'arrêt de la Cour d'appel que la négligence *causale* doit dans ce genre de cas être considérée comme une négligence dans la navigation du remorqueur seulement. J'estime en outre que si c'est bien ainsi qu'il faut interpréter la disposition législative antérieure à 1958, alors on ne saurait affirmer que la loi de 1958 y a changé quoi que ce soit. [En italique dans l'original.]

Compte tenu des décisions *The Bramley Moore*, précitée, et *The Sir Joseph Rawlinson*, on doit maintenant tenir pour établi en jurisprudence anglaise qu'il est sans importance, aux fins de l'application des dispositions de la Loi relatives à la limitation de responsabilité, que le remorqueur et le bâtiment remorqué appartiennent au même propriétaire: L. J. Kovats dans *The Law of Tugs and*

p. 260. Regardless of ownership, liability is limited according to the vessel found to be negligent.

Although English jurisprudence has expressly cast doubt on the correctness of finding the owner of a tug and tow liable to the extent of their combined tonnage, when the issue came before this Court again in *Kathy K*, *supra*, liability was assessed against the common owner of a tug and tow for the negligent navigation of the tug on the basis of the tonnage of both vessels. Without elaborating on its reasons, this Court merely stated that it agreed with the trial judge that liability should be based on the aggregate tonnage of the wrongdoing mass (i.e., the tug and tow). At the trial level, [1972] F.C. 585, Heald J. (as he then was) relied on *Pacific Express*, *supra*, and *Monarch Towing*, *supra*, to reach this conclusion. Neither court in *Kathy K*, *supra*, made any reference to *The Bramley Moore*, *supra*, or to *The Sir Joseph Rawlinson*, *supra*.

Not surprisingly, Great Lakes submits this Court should follow the English example and base the extent of its liability solely according to the tonnage of the *Ohio*. The respondents, on the other hand, highlight that jurisprudence from this Court suggests that liability must be calculated on the aggregate tonnage of those vessels owned by Great Lakes forming the "wrongdoing mass" (i.e., the tugs *Ohio* and *South Carolina*). The respondents also raise *The Alvah H. Boushell*, 38 F.2d 980 (4th Cir. 1930), in support of their position. The relevant passage relied on by the respondents appears at p. 982:

In this case, the towing company contracted to tow a ship to a given destination, necessitating the use of two of its tugs. The ship was taken over and placed in the control of the tugs, under the specific direction of the master of one of the tugs. That master took command of the ship and tugs, and was proceeding en route in charge

Towage (1980), à la p. 172, et Hill, *op. cit.*, à la p. 260. Indépendamment de la propriété, la responsabilité est limitée en fonction du navire qui est jugé négligent.

Quoique la jurisprudence anglaise ait expressément mis en doute la justesse d'une conclusion à la responsabilité du propriétaire d'un remorqueur et d'un bâtiment remorqué, fondée sur la jauge totale des deux bateaux, notre Cour, quand elle s'est trouvée de nouveau saisie de cette question dans l'affaire *Kathy K*, précitée, a évalué, en fonction de la jauge des deux bateaux, la responsabilité du propriétaire commun d'un remorqueur et d'un bâtiment remorqué à l'égard de la navigation négligente du remorqueur. Sans préciser davantage, notre Cour a simplement dit convenir avec le juge de première instance que la responsabilité devait être fondée sur la jauge totale de la masse fautive (c.-à-d. le remorqueur et le bâtiment remorqué). En première instance, [1972] C.F. 585, le juge Heald (maintenant juge de la Cour d'appel fédérale) s'est fondé sur les décisions *Pacific Express* et *Monarch Towing*, précitées, pour tirer cette conclusion. Dans l'affaire *Kathy K*, précitée, ni l'une ni l'autre cour ne s'est référée à l'arrêt *The Bramley Moore*, précité, ou à la décision *The Sir Joseph Rawlinson*, précitée.

Il n'est pas étonnant que Great Lakes soutienne que notre Cour devrait suivre l'exemple anglais et fixer l'étendue de sa responsabilité uniquement en fonction de la jauge de l'*Ohio*. Les intimés soulignent, par contre, que, d'après la jurisprudence de notre Cour, la responsabilité doit se calculer selon la jauge totale des navires de Great Lakes formant la «masse fautive», soit les remorqueurs *Ohio* et *South Carolina*. Les intimés invoquent également l'arrêt *The Alvah H. Boushell*, 38 F.2d 980 (4th Cir. 1930), pour appuyer leur point de vue. Le passage pertinent sur lequel se fondent les intimés figure à la p. 982:

[TRADUCTION] En l'espèce, la compagnie de remorquage s'est engagée contractuellement à remorquer un navire jusqu'à une destination déterminée, ce qui a nécessité le recours à deux de ses remorqueurs. Le navire a donc été pris en charge et placé sous le contrôle des remorqueurs, et ce, sous la direction précise du capitaine de l'un des

of the flotilla, directing the same from the ship's bridge, as is customary, and while so engaged, pursuant to the towage undertaking, a collision occurred, as a result of the fault in navigation of the tow thus in charge of the master of one of the tugs, so placed in command by the towing company. Under such circumstances, both tugs are responsible and liable for damages arising from such collision, certainly where, as found here by the trial court, and as to which there seems to be no very serious controversy, both were participants in the venture and undertaking, and both were at fault in bringing about the collision. The master of the Boushell, so in control of the undertaking, was, in such circumstances, to all intents and purposes, the master of both vessels, and the two tugs constituted the unit to be surrendered to justify a limitation of liability.

While the court in that case held the owner of the two tugs had to surrender both tugs in order to limit its liability, contrary to the suggestion of the respondents, I do not interpret that case to stand for the proposition that a blameless tug under the direction of the lead tug must also be included in determining the extent of a shipowner's liability. In my mind, the broad language used in that case should be read in light of the fact that both tugs were found by the trial judge to have been at fault. The Circuit Court rejected the argument that the subordinate tug was entirely free from fault in bringing about the collision since the lead tug was in charge of the tow. The Circuit Court, to the contrary, emphasized that at the time of the collision the subordinate tug was the only one of the two tugs still in a position to render aid in avoiding the collision. Liability was also assessed against the lead tug on the basis that it owed a duty to exercise the proper precautions for the protection and safe conduct of shipping placed under its control. As such, the decision is distinguishable from the case at bar where only one of the tugs was actually found to have been at fault. The respondents did not challenge before this Court Hugessen J.A.'s finding of no fault on the part of the *South Carolina* and his statement that the uncontradicted evi-

remorqueurs. Ce capitaine a assumé le commandement du navire et des remorqueurs. Alors que la flotille naviguait, en exécution du contrat de remorquage, sous les ordres du capitaine, qui commandait depuis le pont du navire comme à l'accoutumée, il y a eu une collision par suite d'une faute commise dans la navigation du bâtiment remorqué dont la compagnie de remorquage avait ainsi donné le commandement audit capitaine de l'un des remorqueurs. Dans de telles circonstances, les deux remorqueurs sont responsables des dommages résultant de la collision, surtout lorsque, comme l'a conclu en l'espèce la cour de première instance, ce qui ne semble pas très sérieusement contesté, les deux participaient à l'opération en question et que la collision a été causée par la faute des deux. Le capitaine du Boushell, qui avait ainsi le contrôle de cette opération, était en réalité, dans les circonstances, capitaine des deux navires et les deux remorqueurs constituaient l'unité devant être retenue pour justifier une limitation de responsabilité.

Bien que, dans cette affaire, la cour ait statué que le propriétaire des deux remorqueurs devait accepter que les deux entrent en ligne de compte pour limiter sa responsabilité, contrairement à ce que laissent entendre les intimés, je n'interprète pas cet arrêt comme établissant qu'un remorqueur irréprochable qui est sous les ordres du remorqueur de tête doit également être inclus pour déterminer l'étendue de la responsabilité d'un propriétaire de navire. À mon sens, les termes généraux employés dans cet arrêt devraient être interprétés en fonction du fait que les deux remorqueurs ont été jugés fautifs par le juge de première instance. La Circuit Court a rejeté l'argument selon lequel la collision était survenue sans aucune faute de la part du remorqueur subordonné, puisque c'était le remorqueur de tête qui dirigeait l'opération de remorquage. Au contraire, la Circuit Court a souligné qu'au moment de la collision le remorqueur subordonné était le seul des deux remorqueurs qui pouvait encore aider à éviter cette collision. La responsabilité a également été imputée au remorqueur de tête en raison de l'obligation qui lui incombait de prendre les précautions voulues pour protéger et diriger en toute sécurité les bâtiments placés sous son contrôle. Il s'agit donc d'un cas qui peut être distingué d'avec la présente affaire où un seul des remorqueurs a en fait été jugé fautif. Les intimés n'ont contesté devant notre Cour ni la conclusion du juge Hugessen à l'absence de faute de la part du

dence in the record as to the *South Carolina's* actions was "wholly disculpatory" (p. 200).

It is apparent that there exists a difference of opinion between Canadian and English courts in interpreting what is essentially the same statutory provision. The respondents seek to extend the wrongdoing mass principle developed in the context of tug and tow cases to the case at hand. However, for purposes of this appeal I do not believe it necessary or appropriate to resolve this divergence of opinion between Canadian and English courts given my view that the respondents' argument can also be dismissed under the existing wrongdoing mass doctrine.

It is important to highlight that the jurisprudence on this issue has never extended so far as to require that all the vessels within a flotilla belonging to an impugned shipowner be taken into account in determining the extent of that shipowner's liability: *The Harlow, supra, The Freden, supra, and Maple Prince, supra*. The intent of s. 647(2) is to limit liability for navigational errors according only to the tonnage of those vessels causing the alleged damage. Apart from the vessel responsible for the overall navigation of a flotilla, only those vessels of the same shipowner which physically caused or contributed to the resulting damage form the unit for which liability is limited: *Pacific Express, supra, and Monarch Towing, supra*. As already mentioned, the *South Carolina* was absolved of any fault in this case. Only the *Ohio* and the *Widener* were found to have been negligent. Moreover, it does not appear from the findings of the courts below that the *South Carolina* contributed to the collision in any manner other than in following Captain Kelch's instructions with respect to the location of the turn and the speed at which it travelled. Said differently, it did not physically contribute to the collision in any manner. The resulting damage to the *Widener* and the *Rhône* would have arisen notwithstanding the role of the *South Carolina*. In light of these facts,

South Carolina ni son assertion que la preuve non contredite au dossier, quant aux agissements du *South Carolina*, était «entièrement disculpatoire» (p. 200).

Les opinions des tribunaux canadiens et des tribunaux anglais diffèrent manifestement quant à l'interprétation de ce qui est essentiellement la même disposition législative. Les intimés cherchent à faire appliquer à la présente affaire le principe de la masse fautive formulé dans le contexte des affaires mettant en cause des remorqueurs et des bâtiments remorqués. Toutefois, comme j'estime que le principe existant de la masse fautive permet également de rejeter l'argument des intimés, je ne crois pas qu'il soit nécessaire ou approprié aux fins du présent pourvoi de régler cette divergence d'opinions entre les tribunaux canadiens et anglais.

Il importe de souligner que la jurisprudence sur cette question n'est jamais allée jusqu'à exiger que tous les navires d'une flottille qui appartiennent au propriétaire visé entrent en ligne de compte pour déterminer l'étendue de la responsabilité de ce propriétaire de navire: *The Harlow, The Freden* et *Maple Prince*, précitées. Le paragraphe 647(2) vise à limiter la responsabilité à l'égard d'erreurs de navigation uniquement en fonction de la jauge des navires qui auraient causé l'avarie. Outre le navire responsable de la navigation générale d'une flottille, seuls les navires du même propriétaire qui ont matériellement causé ou contribué à causer l'avarie peuvent entrer en ligne de compte pour limiter la responsabilité: *Pacific Express* et *Monarch Towing*, précitées. Le *South Carolina*, je le répète, a été déchargé de toute faute en l'espèce. Seuls l'*Ohio* et le *Widener* ont été jugés négligents. Par ailleurs, il ne ressort pas des constatations des juridictions inférieures que le *South Carolina* a contribué de quelque manière à la collision, si ce n'est en suivant les directives du capitaine Kelch relatives à l'endroit du virage et à sa vitesse de navigation. En d'autres termes, le *South Carolina* n'a d'aucune manière contribué matériellement à la collision. Les avaries causées au *Widener* et au *Rhône* se seraient produites indépendamment du rôle joué par le *South Carolina*. Compte tenu de ces faits, le

the *South Carolina* cannot be held to be a “guilty” vessel or part of the “wrongdoing mass”.

In my view, it would be stretching the principles of causation beyond their proper limits to hold a vessel not physically causing the impugned damage nor responsible for the navigation of the vessel which in fact physically caused the damage to be part of the “wrongdoing mass”. While it may appear to be unjust to limit a shipowner’s liability to only one vessel when it has a second vessel which may be used to satisfy a plaintiff’s loss, we must remember, as Lord Denning pointed out in *The Bramley Moore*, *supra*, that the rationale for limitation of liability rests on public policy concerns and not necessarily on considerations of justice. As stated above, the purpose of these limitation provisions generally is to promote international trade and merchant shipping by giving shipowners the protection of limited liability. In my opinion, it would be counter to the intent of these limitation of liability provisions to include within the unit of limitation a helper tug not committing a fault of its own or otherwise physically causing the impugned damage. Therefore, I am of the view that liability should be limited only to the tonnage of the *Ohio*.

V. Disposition

Both appeals are allowed and the judgment of the Federal Court of Appeal, in so far as it relates to the Great Lakes’ inability to limit its liability under s. 647(2) (now s. 575(1)) of the *Canada Shipping Act*, is set aside. The unit of limitation for purposes of s. 647(2) should be the tug *Ohio*. Pursuant to s. 649(2), the appellant’s liability in both actions with respect to all the losses and damages resulting from the collision of the *Rhône* and *Widener* is limited to the tonnage of the *Ohio*. The appellant is entitled to its costs in this Court. However, because it disputed a finding of liability in both of the courts below and because this finding

South Carolina ne saurait être considéré comme un navire «coupable» ni comme faisant partie de la «masse fautive».

À mon avis, ce serait sortir les principes de la causalité du cadre qui leur est propre que de déclarer partie de la «masse fautive» un navire qui n’a pas matériellement causé les avaries en question et qui n’était pas responsable de la navigation du navire qui les a effectivement causées matériellement. Bien qu’il puisse paraître injuste de limiter à un seul navire la responsabilité d’un propriétaire de navire qui en possède un deuxième susceptible de servir au dédommagement de la perte du demandeur, il faut se rappeler, comme l’a souligné le lord Denning dans l’arrêt *The Bramley Moore*, précité, que la raison d’être de la limitation de responsabilité repose sur des préoccupations d’ordre public et non pas nécessairement sur des considérations de justice. Comme je l’ai déjà dit, ces dispositions en matière de limitation de responsabilité visent généralement à favoriser les échanges et le commerce maritime internationaux en accordant aux propriétaires de navires la protection de la responsabilité limitée. Selon moi, il serait contraire à l’objet de ces dispositions en matière de limitation de responsabilité si l’on tenait compte, pour limiter la responsabilité, d’un remorqueur d’appoint qui n’a lui-même commis aucune faute ni rien fait d’autre pour causer matériellement l’avarie en question. J’estime en conséquence que la responsabilité doit se limiter à la jauge de l’*Ohio*.

V. Dispositif

Les deux pourvois sont accueillis et l’arrêt de la Cour d’appel fédérale est infirmé en ce qui a trait à l’incapacité de Great Lakes de limiter sa responsabilité aux termes du par. 647(2) (maintenant le par. 575(1)) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. L’unité de mesure appropriée pour fixer l’étendue de la limitation de la responsabilité aux fins du par. 647(2) devrait être le remorqueur *Ohio*. Conformément au par. 649(2), la responsabilité de l’appelante relativement à la totalité des pertes et des avaries résultant de la collision du *Rhône* et du *Widener* se limite dans les deux actions à la jauge de l’*Ohio*. L’appelante a droit à

was upheld on appeal, the appellant is entitled only to half of its costs in the courts below.

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

MCLACHLIN J. (dissenting in part)—I have read the reasons of Iacobucci J. and substantially agree with them, except on one issue. I agree that the limitation on liability found in s. 647(2) of the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1970, c. S-9, applies in this case. Like my colleague, I would reject the argument that the appellant cannot claim the benefit of the limitation of liability because Captain Kelch was its directing mind. I would also reject the argument that the limitation of liability does not apply where some of the vessels in a flotilla are not owned by the party responsible in law for a shipping accident.

The only remaining question is what vessels must be taken into account into determining the extent of the liability. On this point, I respectfully differ from my colleague. In my view, the wording of the section, the jurisprudence, the rationale for the limitation, and the practical implications of the alternative rulings, all point to the conclusion that both tugs owned by the appellant, the *Ohio* and the *South Carolina*, should be considered in determining the extent of the liability.

The limitation is stated in the following terms. Provided that it applies, the owner is not:

647. ...

liable for damages beyond the following amounts, namely,

ses dépens dans notre Cour. Étant donné toutefois qu'elle a contesté la conclusion des juridictions inférieures quant à sa responsabilité et puisque cette conclusion a été maintenue en appel, l'appelante n'a droit qu'à la moitié de ses dépens dans les cours d'instance inférieure.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin JJ. rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente en partie)—J'ai pris connaissance des motifs du juge Iacobucci et je suis d'accord pour l'essentiel avec ceux-ci, sauf sur un point. Je conviens que la limitation de responsabilité prévue au par. 647(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1970, ch. S-9, s'applique au présent pourvoi. À l'instar de mon collègue, je suis d'avis de rejeter l'argument selon lequel l'appelante ne peut demander à bénéficier de la limitation de responsabilité parce que le capitaine Kelch était son âme dirigeante. Je rejetterais également l'argument selon lequel la limitation de responsabilité ne s'applique pas lorsque certains navires d'une flottille n'appartiennent pas à la partie responsable en droit d'un accident maritime.

La seule autre question à trancher est de savoir quels navires doivent être pris en considération pour déterminer l'étendue de la responsabilité. En toute déférence, je ne partage pas l'opinion de mon collègue sur ce point. À mon avis, le texte de la disposition en cause, la jurisprudence, la raison d'être de la limitation de responsabilité et les conséquences pratiques des autres décisions nous amènent tous à conclure que, pour déterminer l'étendue de la responsabilité, il y a lieu de tenir compte des deux remorqueurs appartenant à l'appelante, c'est-à-dire l'*Ohio* et le *South Carolina*.

La limitation de responsabilité est formulée ainsi. Pourvu qu'elle s'applique, le propriétaire n'est pas:

647. ...

responsable des dommages-intérêts au-delà des montants suivants, savoir:

(f) in respect of any loss or damage to property or any infringement of any rights mentioned in paragraph (d), an aggregate amount equivalent to 1,000 gold francs for each ton of that ship's tonnage. [Emphasis added.]

The phrase "that ship" refers back to the opening of s. 647(2), which confers the limitation on "[t]he owner of a ship . . ." The question is what, for the purposes of this case, constitutes "that ship". Section 647(2)(d) incorporates a further limitation which may bear on the meaning of "that ship". The loss or damages must be caused through:

(i) the act or omission of any person, whether on board that ship or not, in the navigation or management of the ship . . . or

(ii) any other act or omission of any person on board that ship;

Of the four tugs towing the barge the *Widener*, two, the *Ohio* and the *South Carolina*, were owned by the appellant. All the tugs acted in tandem. The *Ohio* was positioned ahead of the *Widener*, the *Rival* was behind the *Widener*, and the *South Carolina* and *Ste. Marie II* were to the starboard and port sides of the *Widener*, respectively. Captain Kelch, who was on board the *Ohio*, acted as *de facto* tow master of the flotilla. The Captain's navigational errors, compounded by a malfunction of the *Ohio*'s towing apparatus, caused the collision. The findings of the trial judge focus on two navigational errors by Captain Kelch: (1) having the tugs enter the turn in question at full speed; and (2) failing to communicate with the masters on board the various tugs. As a result of these errors, the tugs were unable to respond adequately to deviations in the course of the tow, and the barge which they were towing collided with another vessel, the *Rhône*.

The question is whether the appellant's liability is limited by reference to the tonnage of the *Ohio*, or whether the tonnage of both vessels owned by the appellant, the *Ohio* and the *South Carolina*, should be used as the basis for calculating the

f) à l'égard de toute avarie ou perte de biens ou de toute violation des droits dont fait mention l'alinéa d), un montant global équivalant à 1,000 francs-or pour chaque tonneau de jauge du navire. [Je souligne.]

L'expression «du navire» renvoie au début du par. 647(2), qui accorde la limitation au «propriétaire d'un navire . . .» Il s'agit de savoir ce qui, aux fins du présent pourvoi, constitue ce «navire». L'alinéa 647(2)d) contient une autre limitation qui peut influencer sur le sens de l'expression «du navire». L'avarie ou la perte de biens doit être causée:

(i) par l'acte ou l'omission de toute personne, qu'elle soit ou non à bord du navire, dans la navigation ou la conduite du navire [. . .] ou

(ii) par quelque autre acte ou omission de la part d'une personne à bord du navire;

Deux des quatre remorqueurs qui tiraient la péniche *Widener*, soit l'*Ohio* et le *South Carolina*, appartenaient à l'appelante. Tous les remorqueurs fonctionnaient en tandem. L'*Ohio* se trouvait en avant du *Widener*, le *Rival* était derrière le *Widener*, et le *South Carolina* et le *Ste. Marie II* étaient placés respectivement à tribord et à bâbord du *Widener*. Le capitaine Kelch, qui était à bord de l'*Ohio*, avait le commandement de fait du remorquage de la flotille. Ce sont les erreurs de navigation du capitaine, conjuguées à un bris de l'appareil de remorquage de l'*Ohio*, qui ont entraîné la collision. Dans ses conclusions, le juge de première instance met l'accent sur deux erreurs de navigation commises par le capitaine Kelch: (1) il a fait prendre aux remorqueurs le virage en question à toute vapeur, et (2) il n'a pas communiqué avec les capitaines à bord des différents remorqueurs. À la suite de ces erreurs, les remorqueurs n'ont pas pu réagir adéquatement aux déviations du bâtiment remorqué et la péniche qu'ils tiraient est entrée en collision avec un autre navire, le *Rhône*.

Il s'agit de savoir si la responsabilité de l'appelante est limitée en fonction de la jauge de l'*Ohio* ou si la jauge des deux navires appartenant à l'appelante, soit l'*Ohio* et le *South Carolina*, devrait servir de base de calcul de la responsabilité maxi-

maximum liability of the appellant under s. 647. The appellant contends that only the *Ohio's* tonnage should be considered, because it was the ship from which Captain Kelch's navigational negligence emanated. This would result in lower liability than if the aggregate tonnage of both vessels were considered, as the respondents contend.

My colleague Iacobucci J. concludes in the appellant's favour that only the tonnage of the *Ohio* should be considered in determining the amount of the limitation. The principle he applies, as I understand it, is that only a vessel which is "guilty", or independently contributed to the collision, can be considered to be a "ship" for purposes of the limitation in s. 647 of the *Canada Shipping Act*. Applying this principle, he concludes as a matter of fact that the *South Carolina* was not a "guilty" ship, characterizing it as "a helper tug not committing a fault of its own or otherwise physically causing the impugned damage" (p. 541). This leads him to the conclusion that the *South Carolina* should not be considered in determining the amount of the limitation of liability under s. 647 of the *Canada Shipping Act*.

With great respect, I cannot agree with my colleague's statement of the governing principle, nor with the resulting conclusion that the *South Carolina* was an "innocent" ship. These differences lead me to the conclusion that both vessels should be considered in determining the amount of the limitation under s. 647 of the *Canada Shipping Act*.

The question is fundamentally one of statutory interpretation. Two different lines of interpretation exist on the authorities, which for purposes of convenience may be termed the Canadian approach and the revised English approach. As I see it, the jurisprudence may be summarized as follows.

Canadian and English jurisprudence in the first part of this century uniformly took the view that

male de l'appelante selon l'art. 647. L'appelante prétend qu'il y a lieu de tenir compte de la jauge de l'*Ohio* seulement, puisque c'est de ce navire qu'a émané la négligence du capitaine Kelch sur le plan de la navigation. Cela entraînerait une responsabilité moindre que si l'on tenait compte de la jauge totale des deux navires, comme le font valoir les intimés.

Mon collègue le juge Iacobucci conclut, en faveur de l'appelante, qu'il y a lieu de tenir compte seulement de la jauge de l'*Ohio* pour déterminer le montant de la limitation. Suivant le principe qu'il applique, si je comprends bien, seul un navire qui est «coupable», ou qui a contribué indépendamment à la collision, peut être considéré comme un «navire» aux fins de la limitation de responsabilité prévue à l'art. 647 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Appliquant ce principe, il conclut en réalité que le *South Carolina* n'était pas un navire «coupable» et le qualifie de «remorqueur d'appoint qui n'a lui-même commis aucune faute ni rien fait d'autre pour causer matériellement l'avarie en question» (p. 541). Cela l'amène à conclure qu'il n'y a pas lieu de tenir compte du *South Carolina* pour déterminer le montant de la limitation de responsabilité selon l'art. 647 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

En toute déférence, je ne puis souscrire à l'énoncé que fait mon collègue du principe applicable ni à la conclusion en découlant, selon laquelle le *South Carolina* était un navire «innocent». Ces différences m'amènent à conclure qu'il y a lieu de tenir compte des deux navires pour déterminer le montant de la limitation de responsabilité selon l'art. 647 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

Il s'agit essentiellement d'une question d'interprétation législative. Selon la jurisprudence et la doctrine, il existe deux courants d'interprétation différents qui, pour des motifs de commodité, peuvent être désignés comme la méthode canadienne et la méthode anglaise révisée. D'après moi, la jurisprudence peut se résumer de la façon suivante.

Au cours de la première partie du présent siècle, la jurisprudence canadienne et la jurisprudence

where two vessels owned by the same owner were involved in an accident due to the navigational errors of the owner's employees, the tonnage for the purpose of the owner's limitation of liability was both vessels: *The Ran; The Graygarth*, [1922] P. 80 (C.A.); *Owners of the M.S. Pacific Express v. The Tug Salvage Princess*, [1949] Ex. C.R. 230; *Monarch Towing & Trading Co. v. British Columbia Cement Co.*, [1957] S.C.R. 816.

In 1963, in *obiter* comments in *The Bramley Moore*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 429 (C.A.), a case involving a single tug and a separately owned tow, Lord Denning, M.R., suggested that even if the tow had been owned by the same company as owned the tug, the limitation would have been based on the tug alone, because that was the only "negligent" ship. This fault-based approach was reluctantly adopted in the case of *London Dredging Co. v. Greater London Council (The Sir Joseph Rawlinson)*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 437 (Q.B. (Adm. Ct.)). These two cases represent what I have called the revised English rule.

This Court confirmed the traditional "aggregate tonnage" approach in 1975, after the divergence of the English courts, although without mentioning the English cases: *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802.

Where the two vessels involved are a tug and a barge owned by the same owner, the two lines of authority clearly produce divergent results. On the Canadian "aggregate tonnage" view, the navigational error relates to both vessels and both therefore serve as the basis for calculating the tonnage relevant to the limitation. On the revised English view, the tug alone can be said to be at fault, and tonnage for purposes of the limitation is confined to the tug. The same result would seem to follow in a case like the present, where two commonly owned tugs are involved in an accident caused by the negligence of the owner's employee. On the Canadian approach, one would take the "aggregate

anglaise ont adopté uniformément le point de vue selon lequel, lorsque deux navires appartenant au même propriétaire étaient impliqués dans un accident découlant des erreurs de navigation commises par les employés du propriétaire, il fallait tenir compte de la jauge des deux navires aux fins de limiter la responsabilité du propriétaire: *The Ran; The Graygarth*, [1922] P. 80 (C.A.); *Owners of the M.S. Pacific Express c. The Tug Salvage Princess*, [1949] R.C. de l'É. 230; *Monarch Towing & Trading Co. c. British Columbia Cement Co.*, [1957] R.C.S. 816.

En 1963, dans des observations incidentes formulées dans l'arrêt *The Bramley Moore*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 429 (C.A.), où un remorqueur et un bâtiment remorqué appartenaient à des propriétaires différents, le maître des rôles lord Denning a dit que, même si le bâtiment remorqué avait appartenu à la même compagnie que le remorqueur, la limitation de responsabilité aurait été fondée sur le remorqueur seulement, puisque c'était le seul navire «négligent». C'est à contrecœur qu'on a adopté cette méthode fondée sur la faute dans l'arrêt *London Dredging Co. c. Greater London Council (The Sir Joseph Rawlinson)*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 437 (Q.B. (Adm. Ct.)). Ces deux arrêts représentent ce que j'ai appelé la règle anglaise révisée.

Notre Cour a confirmé la méthode traditionnelle de la «jauge totale» en 1975, après le désaccord des tribunaux anglais, sans toutefois mentionner les arrêts anglais: *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802.

Lorsque les deux navires impliqués sont un remorqueur et une péniche appartenant au même propriétaire, les deux courants de doctrine et de jurisprudence donnent manifestement des résultats divergents. Selon la conception canadienne de la «jauge totale», l'erreur de navigation se rapporte aux deux navires et les deux servent donc de base de calcul de la jauge pertinente relativement à la limitation de responsabilité. Selon la conception anglaise révisée, seul le remorqueur peut être considéré comme fautif, et, aux fins de la limitation de responsabilité, on s'en tient à la jauge du remorqueur. Le même résultat semblerait s'ensuivre dans un cas comme la présente affaire, où deux

tonnage” of the two tugs. On the revised English view, one would arguably consider only the tonnage of the tug or tugs which are at fault.

American authority lends support to the use of the Canadian “aggregate tonnage” approach where two or more commonly owned tugs are affected by the same navigational negligence. My colleague Iacobucci J. suggests that the American case of *The Alvah H. Boushell*, 38 F.2d 980 (4th Cir. 1930), is distinguishable, and that the broad language used by the Circuit Court of Appeals was *obiter*. That may be so. This does not negate the fact that the court’s comments on using the combined tonnage of two tugs under common direction for the purposes of calculating the liability limit amount to a restatement of the position taken in American maritime law on this issue. Moreover, there is additional American case law that is almost directly on point to the facts in the matter at hand. In *The Bordentown*, 40 F. 682 (S.D.N.Y. 1889), two commonly owned tugs had been engaged in towing a flotilla of canalboats when most of the canalboats were lost in a heavy gale. The *Bordentown* was found liable on the basis of the decision of the tow master, who was on board the *Bordentown*, to attempt to cross an unsheltered area of water despite the dangerous wind and sea conditions. The court went on to hold that in assessing the applicable liability limit, both the *Bordentown* and the second tug, the *Winnie*, had to be taken into account, stating at p. 687:

As regards the vessels required by the statute to be surrendered in a case like the present, there can be no doubt that the *Bordentown* is one of them. The master of the tow was all the time on board of her, directing the navigation of all. I have no doubt that the *Winnie*, also, must be included. At the time when the master’s fault arose, the *Winnie* was as much a part of the moving

remorqueurs appartenant au même propriétaire sont impliqués dans un accident causé par la négligence de l’employé du propriétaire. Suivant la méthode canadienne, on prendrait en considération la «jauge totale» des deux remorqueurs. Selon la conception anglaise révisée, on pourrait soutenir que seule la jauge du ou des remorqueurs fautifs serait prise en considération.

La jurisprudence américaine vient appuyer le recours à la méthode canadienne de la «jauge totale» lorsque deux ou plusieurs remorqueurs appartenant au même propriétaire sont touchés par la même négligence en matière de navigation. Mon collègue le juge Iacobucci laisse entendre que l’on peut faire une distinction d’avec l’arrêt américain *The Alvah H. Boushell*, 38 F.2d 980 (4th Cir. 1930), et que les termes généraux utilisés par la Circuit Court of Appeals constituaient une observation incidente. C’est possible. Mais il reste que les observations de la cour sur l’utilisation de la jauge combinée des deux remorqueurs sous le commandement de la même personne, pour calculer la limite de responsabilité, reviennent à exposer de nouveau la position du droit maritime américain sur cette question. En outre, il existe un autre arrêt américain qui se rapporte presque directement aux faits de l’espèce. Dans *The Bordentown*, 40 F. 682 (S.D.N.Y. 1889), les services de deux remorqueurs appartenant au même propriétaire avaient été retenus pour tirer une flottille de chalands au moment où la plupart des chalands ont été perdus dans une forte tempête. Le *Bordentown* a été tenu responsable en raison de la décision du maître de remorquage, qui se trouvait à bord du *Bordentown*, de tenter de traverser un plan d’eau à découvert malgré les vents dangereux et l’état de la mer. La cour a ensuite statué que, pour évaluer la limite de responsabilité applicable, il fallait tenir compte à la fois du *Bordentown* et du deuxième remorqueur, le *Winnie*, déclarant, à la p. 687:

[TRADUCTION] Il n’y a pas de doute que le *Bordentown* fait partie des navires que, selon la Loi, il faut retenir dans un cas comme la présente affaire. Le maître de remorquage se trouvait à son bord pendant tout ce temps-là et dirigeait la navigation de tous les bâtiments concernés. Je ne doute pas qu’il faille inclure également le *Winnie*. Au moment où a été commise la faute du

power as the Bordentown, and was equally under the same direction. She belonged to the same owners; and from the beginning to the end she was engaged, in the owners' behalf, in the work of towing the other boats, precisely as the Bordentown was engaged. It was immaterial on board which tug the master, for the time being, was, or from which boat his orders were given. Both as related to the owners of the tugs and as related to the owners of the boats in tow, the Bordentown and the Winnie, in taking the tow through to Kills, were in effect one vessel.

See also *The Anthracite*, 168 F. 693 (2d Cir. 1909), *certiorari* denied 214 U.S. 522 (1909), and Walter W. Jones, "Flotilla or Several Vessels of Same Owner as Liable Under Federal Statute Providing for Limitation of Shipowner's Liability (46 USC § 183(a))" (1971), 9 A.L.R. Fed. 768.

I am reluctant to depart from the settled Canadian approach unless it is clearly wrong. I am doubly reluctant given the rather shaky foundation on which the change is urged. As I noted earlier in these reasons, Lord Denning's comments in *The Bramley Moore* regarding a commonly owned tug and tow were *obiter*. More importantly, a close reading of his reasons for judgment reveals what is in my respectful view a fundamental flaw in his analysis on this point. At page 436, Lord Denning states:

I can see no logical reason for distinguishing cases when tug and tow are in the same ownership from cases where they are in different ownership.

But in fact a "logical reason" for this distinction may be found on the next page of Lord Denning's reasons for judgment, where he states (in a passage also quoted in my colleague's reasons):

The principle underlying limitation of liability is that the wrongdoer should be liable according to the value of his ship and no more. A small tug has comparatively small value and it should have a correspondingly low measure

maître de remorquage, le Winnie participait autant au remorquage que le Bordentown et était aussi sous le commandement de la même personne. Il appartenait aux mêmes propriétaires, et du début à la fin, il procédait, pour le compte des propriétaires, au remorquage des autres bâtiments, exactement comme le faisait le Bordentown. Il importait peu de savoir à bord de quel remorqueur se trouvait le maître de remorquage à l'époque considérée ou à partir de quel bâtiment étaient donnés ses ordres. Tant en ce qui concernait les propriétaires des remorqueurs qu'en ce qui concernait les propriétaires des bâtiments remorqués, le Bordentown et le Winnie constituaient en fait un seul navire pendant le remorquage jusqu'à Kills.

Voir également *The Anthracite*, 168 F. 693 (2d Cir. 1909), *certiorari* refusé 214 U.S. 522 (1909), et Walter W. Jones, «Flotilla or Several Vessels of Same Owner as Liable Under Federal Statute Providing for Limitation of Shipowner's Liability (46 USC § 183(a))» (1971), 9 A.L.R. Fed. 768.

J'hésite à m'écarter de la méthode établie au Canada à moins qu'elle ne soit manifestement erronée. J'hésite doublement à cause des motifs plutôt faibles invoqués à l'appui du changement. Comme je l'ai déjà mentionné dans les présents motifs, les propos tenus par lord Denning dans l'arrêt *The Bramley Moore* au sujet d'un remorqueur et d'un bâtiment remorqué appartenant au même propriétaire constituaient des observations incidentes. Qui plus est, un examen attentif de ses motifs de jugement révèle ce qui constitue, à mon avis, une faiblesse fondamentale de son analyse sur ce point. À la page 436, lord Denning dit:

[TRADUCTION] Je ne vois aucune raison logique d'établir une distinction entre les affaires où le remorqueur et le bâtiment remorqué appartiennent au même propriétaire et celles où ils appartiennent à des propriétaires différents.

Mais, en fait, on peut trouver une «raison logique» d'établir cette distinction à la page suivante des motifs de lord Denning, où il déclare (dans un passage également cité dans les motifs de mon collègue):

[TRADUCTION] Le principe sous-tendant la limitation de la responsabilité est que l'auteur de la faute devrait être tenu responsable suivant au plus la valeur de son navire. Un petit remorqueur a une valeur moindre et devrait

of liability, even though it is towing a great liner and does great damage.

This rationale does not apply where the owner of the tug also owns the tow, as Kerr J. noted in *The Sir Joseph Rawlinson* at pp. 440-41:

Thirdly, Mr. Thomas submitted that there is nothing intrinsically anomalous in a result which distinguishes between cases of common ownership and cases where the tug and tow are in different ownerships. He said that when an owner is employing (to use a neutral term) more than one of his ships in circumstances in which more than one is involved in one collision, then there is nothing anomalous in a result whereby his liability is higher than if only one ship had been involved.

Here again it seems to me that Mr. Thomas is correct in principle. The section is based on the tonnage of a ship, which is intended to reflect her value and size, so that it follows that the greater the tonnage, the greater the potential limited liability. It therefore seems to me that there is nothing anomalous in a result whereby an owner is under a greater liability, albeit limited, if two of his ships are involved in a collision than if only one is involved.

Although Kerr J. ultimately ruled that the liability limit in that case was to be calculated on the basis of the tug's tonnage only, he made it clear that had he not considered himself bound by Lord Denning's *dicta* in *The Bramley Moore* he would have ruled the liability limit was to be calculated on the basis of the combined tonnage of the tug and tow. At page 446, he stated:

I am not convinced, but it is not necessary to speculate about this, that if the present case had reached the Courts before the decision and reasoning of *The Bramley Moore* in the Court of Appeal, the legal position as I see it now facing me in this Court would be the same. I decide this case in the plaintiff's favour because I regard myself as bound by what was said in *The Bramley Moore* and because I regard the matter as not being any longer *res integra* in this Court. But for that decision I

ainsi encourir un degré moindre de responsabilité, même s'il prend en remorque un gros navire de ligne et cause d'importants dommages.

Ce raisonnement ne s'applique pas lorsque le propriétaire du remorqueur est également propriétaire du bâtiment remorqué, comme le fait remarquer le juge Kerr dans l'arrêt *The Sir Joseph Rawlinson*, aux pp. 440 et 441:

[TRADUCTION] Troisièmement, M^e Thomas a fait valoir qu'il n'y a rien d'anormal en soi à ce qu'on établisse une distinction entre les affaires où le remorqueur et le bâtiment remorqué appartiennent au même propriétaire et celles où ils appartiennent à des propriétaires différents. Il a soutenu que, lorsqu'un propriétaire emploie (pour utiliser un terme neutre) plus d'un de ses navires dans des circonstances où plus d'un d'entre eux est impliqué dans la même collision, il n'y a alors rien d'anormal à ce que sa responsabilité soit plus grande que si un seul de ses navires avait été impliqué.

Là encore, il me semble que M^e Thomas a raison en principe. La disposition est fondée sur la jauge d'un navire qui est censée refléter sa valeur et ses dimensions, de sorte qu'il s'ensuit que plus la jauge est importante, plus la responsabilité limitée potentielle est grande. Il me semble donc qu'il n'y a rien d'anormal à ce que, si deux navires appartenant au même propriétaire sont impliqués dans une collision, celui-ci encoure une plus grande responsabilité, quoique limitée, que si un seul de ses navires est impliqué.

Quoique le juge Kerr ait statué en fin de compte que, dans cette affaire, il fallait calculer la limite de responsabilité en fonction de la jauge du remorqueur seulement, il a précisé que, s'il ne s'était pas estimé lié par les observations incidentes de lord Denning dans l'arrêt *The Bramley Moore*, il aurait statué qu'il fallait calculer la limite de responsabilité en fonction de la jauge totale du remorqueur et du bâtiment remorqué. Il dit, à la p. 446:

[TRADUCTION] Je ne suis pas convaincu, sans qu'il soit nécessaire de conjecturer à ce sujet, que, si les tribunaux avaient été saisis de la présente affaire avant que la Cour d'appel ne rende l'arrêt *The Bramley Moore* avec le raisonnement qu'il comporte, la position juridique, à laquelle j'estime être maintenant confronté en notre cour, aurait été la même. Je statue en l'espèce en faveur de la partie demanderesse parce que je me considère lié par ce qui a été dit dans l'arrêt *The Bramley Moore* et

should have decided in favour of the defendants on the basis of Mr. Thomas's arguments . . .

Notwithstanding the questionable pedigree of the revised English approach, the fact remains that if the approach hitherto adopted in this country is incompatible with the wording of s. 647 of the *Canada Shipping Act* or is less likely to fulfil the section's purpose than the revised English approach, revision of the rule in this country may be justified. It is therefore necessary to examine the wording of the section and the implications of the alternative interpretations with some care.

This brings me to the question of whether s. 647 of the *Canada Shipping Act* accords with the traditional Canadian view that in the situation of common ownership, both a tug and tow are to be considered for purposes of setting maximum liability for an accident involving the tow which was caused by navigational error of those on board the tug. In my view it does. The words "that ship" in s. 647(2)(f), which governs the limitation, refer us back to the opening words of s. 647(2), "[t]he owner of a ship". Subsection (2)(d)(i) applies where there is loss or damage caused to property, by "the navigation or management of the ship", "whether on board that ship or not". There is no requirement here that the ship itself have been "negligent", nor that the negligent navigator have been on board the ship which is used for purposes of the limitation. All that is required is that there have been an act or omission in relation to the navigation or management of a ship. This language is broad enough to encompass the misdirection of a tow, and thus supports the long-standing Canadian position that the tonnage of both tug and tow are to be considered for purposes of determining the limitation on liability where an accident occurs as a result of a navigational error.

parce que j'estime qu'il ne s'agit plus d'une *res integra* devant notre cour. N'eût été cet arrêt, je me serais prononcé en faveur des parties défenderesses en raison des arguments de M^e Thomas . . .

Malgré les origines discutables de la méthode anglaise révisée, il n'en reste pas moins que, si la méthode adoptée jusqu'ici dans notre pays est incompatible avec le texte de l'art. 647 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* ou est moins susceptible d'atteindre l'objectif de cet article que la méthode anglaise révisée, la révision de la règle applicable dans notre pays peut être justifiée. Il nous faut donc examiner avec un certain soin le texte de l'article et les répercussions des autres interprétations.

Cela m'amène à la question de savoir si l'art. 647 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* est compatible avec la conception canadienne traditionnelle selon laquelle, si un remorqueur et un bâtiment remorqué appartiennent au même propriétaire, il faut tenir compte des deux pour établir la responsabilité maximale dans le cas d'un accident impliquant le bâtiment remorqué et causé par l'erreur de navigation de ceux qui se trouvaient à bord du remorqueur. À mon avis, il est compatible. Les mots «du navire» utilisés à l'al. 647(2)f), qui régit la limitation de responsabilité, nous renvoient aux premiers mots du par. 647(2), «[l]e propriétaire d'un navire». Le sous-alinéa (2)d)(i) s'applique lorsqu'il y a une avarie ou perte de biens causée par une personne «dans la navigation ou la conduite du navire», «qu'elle soit ou non à bord du navire». Il n'est pas nécessaire ici que le navire lui-même ait été «négligent», ni que le navigateur négligent ait été à bord du navire qui est utilisé pour déterminer la limitation de responsabilité. Tout ce qu'il faut, c'est qu'il y ait eu un acte ou une omission relativement à la navigation ou à la conduite d'un navire. Ce langage est assez général pour comprendre la mauvaise conduite d'un bâtiment remorqué et vient ainsi appuyer la position adoptée depuis longtemps au Canada selon laquelle il faut tenir compte de la jauge du remorqueur et du bâtiment remorqué pour déterminer la limitation de responsabilité lorsqu'un accident résulte d'une erreur de navigation.

Section 647(2)(d)(i) clearly contemplates that where navigational errors are concerned, it does not matter whether the negligent employee was on board or off a ship used as the basis for calculating the limitation of liability. As I see it, s. 647(2)(d)(ii) deals with errors not enumerated in s. 647(2)(d)(i); in those cases only must the negligent employee be on board the ship.

Where damage is caused as a result of the negligent navigation of a flotilla as a whole, it is questionable whether it is appropriate to say that the negligence attaches only to the lead tug, and not as well to any other tug in a flotilla that is owned by the owner of the lead tug. The reasoning underlying the traditional Canadian approach applies just as much to two commonly owned tugs as to a commonly owned tug and tow, as the decision in *The Bordentown* demonstrates. The fault of misnavigation of a flotilla cannot realistically be confined to a single vessel; in fact it affects all the vessels which are involved in directing the barge. The fact that the navigator happens to be standing on one vessel or the other is incidental; what is essential is the direction which caused the various vessels to act as they did. In fact, in the case at bar, the mistakes of navigation caused all the tugs, including the *South Carolina*, to move the barge too quickly. That movement, exacerbated by the mechanical malfunction on the *Ohio*, caused the collision. So it seems to me inaccurate to say that the *South Carolina* did not physically contribute to the collision and the loss.

The traditional Canadian approach of considering the aggregate involved tonnage of the owner responsible for the accident for purposes of determining the limitation is also supported by consideration of the purpose of s. 647 of the *Canada Shipping Act*. The policy basis of the enactment of statutory liability limitations for shipowners, including the limitation in the *Canada Shipping Act*, is the promotion of shipping by limiting the

Le sous-alinéa 647(2)d(i) prévoit clairement que, lorsque des erreurs de navigation ont été commises, il importe peu que l'employé négligent ait été ou non à bord du navire utilisé comme base de calcul de la limitation de responsabilité. À mon sens, le sous-al. 647(2)d(ii) traite des erreurs qui ne sont pas énumérées au sous-al. 647(2)d(i); c'est dans ces cas-là seulement que l'employé négligent doit être à bord du navire.

Lorsque l'avarie est causée par suite de la négligence dont on a fait preuve dans la navigation de l'ensemble d'une flotille, il est douteux qu'il soit approprié de dire que la négligence est imputable seulement au remorqueur de tête et non pas également à tout autre remorqueur de la flotille qui appartient au propriétaire du remorqueur de tête. Le raisonnement qui sous-tend la méthode canadienne traditionnelle s'applique tout autant à deux remorqueurs appartenant au même propriétaire qu'à un remorqueur et à un bâtiment remorqué appartenant au même propriétaire, comme le démontre l'arrêt *The Bordentown*. La faute de la mauvaise navigation d'une flotille ne saurait réalistement se limiter à un seul navire; en fait, elle touche tous les navires qui contribuent à diriger la péniche. Que le navigateur se trouve sur l'un ou l'autre navire est d'importance secondaire; l'essentiel, c'est la directive qui a amené les différents navires à agir comme ils l'ont fait. En réalité, les erreurs de navigation commises en l'espèce ont amené tous les remorqueurs, y compris le *South Carolina*, à déplacer la péniche trop rapidement. Ce mouvement, accentué par le bris mécanique survenu sur l'*Ohio*, a entraîné la collision. Il ne me semble donc pas exact de dire que le *South Carolina* n'a pas contribué matériellement à la collision et à la perte.

L'examen de l'objet de l'art. 647 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* vient également étayer la méthode canadienne traditionnelle qui consiste à tenir compte de la jauge totale concernée du propriétaire responsable de l'accident pour déterminer la limitation de responsabilité. L'adoption de limitations légales de la responsabilité des propriétaires de navires, y compris la limitation prévue dans la *Loi sur la marine marchande du*

potentially ruinous risk that would otherwise be faced by shipowners. The liability limit in English law was originally the value of the ship plus the value of the freight charge being earned on the voyage. For a number of reasons, including the practical difficulties of valuing individual ships, the basis for calculating the liability limit was later changed to a set value per ton of the ship—which is of course the basis for calculating the liability limit under the *Canada Shipping Act*. See R. G. Marsden, *The Law of Collisions at Sea* (11th ed. 1961), at pp. 131-34, and J. J. Donovan, “The Origins and Development of Limitation of Shipowners’ Liability” (1979), 53 *Tul. L. Rev.* 999. Under either method, a shipowner’s potential liability is limited to a value based on the assets which have been devoted by the shipowner to the operation in question.

Where the owner owns more than one vessel involved in the operation, the assets directed at the operation are not limited to one of the vessels, for example, the lead tug in this case, but include all of them. The owner’s assets employed in the operation being higher, the amount of the limitation should proportionately be higher, if the purpose of the section is to be respected. The rationale of the limitation has nothing to do with which ship a tow master of a flotilla may be physically situated on while making navigational decisions affecting the flotilla as a whole. Moreover, it is often a matter of chance which vessel the navigating officer is on. Should the owner’s liability be reduced by reason of the fact the navigator was on a small tug rather than a large barge?

The practical implications of the alternative interpretations on conduct in the shipping industry similarly support the traditional Canadian position. If I am not mistaken, the rule adopted by Iacobucci J. may provide a disincentive to the safe operation of flotillas. It has been suggested that a flotilla

Canada, vise en principe à promouvoir le transport maritime en limitant les risques éventuels de ruine auxquels les propriétaires de navires seraient exposés sans cela. La limite de responsabilité en droit anglais était, à l’origine, la valeur du navire plus la valeur des frais de transport touchés durant le voyage. Pour un certain nombre de raisons, dont les difficultés pratiques d’évaluer chaque navire pris individuellement, la base du calcul de la limite de responsabilité a été changée par la suite en une valeur fixe par tonneau du navire—qui est naturellement la base du calcul de la limite de responsabilité selon la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Voir R. G. Marsden, *The Law of Collisions at Sea* (11^e éd. 1961), aux pp. 131 à 134, et J. J. Donovan, «The Origins and Development of Limitation of Shipowners’ Liability» (1979), 53 *Tul. L. Rev.* 999. Selon l’une ou l’autre méthode, la responsabilité éventuelle du propriétaire d’un navire est limitée à une valeur fondée sur l’actif que le propriétaire du navire a affecté à l’opération en question.

Lorsque le propriétaire possède plus d’un navire participant à l’opération, l’actif consacré à cette opération ne se limite pas à un seul des navires, comme, par exemple, le remorqueur de tête en l’espèce, mais il les englobe tous. L’actif du propriétaire utilisé dans l’opération étant plus élevé, le montant de la limitation devrait être proportionnellement plus élevé, si on veut respecter l’objet de l’article. La raison d’être de la limitation n’a rien à voir avec le navire sur lequel le maître de remorquage d’une flotille peut se trouver physiquement pendant la prise de décisions relatives à la navigation et touchant l’ensemble de la flotille. De plus, c’est souvent le hasard qui détermine sur quel navire se trouve l’officier de navigation. Y a-t-il lieu de réduire la responsabilité du propriétaire parce que le navigateur se trouvait sur un petit remorqueur plutôt que sur une grande péniche?

Les répercussions pratiques des autres interprétations sur la conduite à adopter dans le secteur du transport maritime viennent également appuyer la position traditionnelle canadienne. Si je ne m’abuse, la règle adoptée par le juge Iacobucci peut avoir un effet dissuasif sur la conduite sécuri-

such as the one in issue here is best operated from the bridge of the ship that is being towed, the *Widener*. Typically a barge will have much more tonnage than a tug. A rule basing the limitation on the tonnage of the "directing" vessel would mean that a company which chose to place its navigator on the barge would incur the risk of greater liability in the event of an accident. So, even if that were the safest place for the navigator to stand, it might be more prudent for the towing company to insist that he operate from the smallest vessel it owns in the flotilla rather than the barge. On the other hand, under the rule which has long represented the law in Canada, the towing company's limitation on liability would be the same regardless of which vessel in the flotilla the navigator directs it from. There is therefore no disincentive to choose the safest vessel.

In addition, excluding the tonnage of the tow for the purposes of determining the owner's liability limit where the tug and tow are commonly owned can lead to the absurdity that an owner of a ship can effectively reduce the applicable liability limit by changing the method of the ship's propulsion. If the ship moves under its own power, the liability limit applicable if the ship causes damage in a collision will be based on the tonnage of the ship. But if the ship is converted into a dumb barge, and thereafter propelled by a tug, the revised English position would, if followed, result in the liability limit being based on the tonnage of the much smaller tug. Why should whether a ship is powered by internal engines or by a tug owned by the same party that owns the ship make a difference to the applicable liability limit?

Finally on this point, it should also be borne in mind that s. 647 is an extraordinary provision, operating in derogation of the usual rights of recovery against negligence causing damage to

taire des flottilles. On a laissé entendre qu'une flottille comme celle en cause ici se dirige mieux du pont du navire qui est remorqué, soit le *Widener*. Habituellement, la jauge d'une péniche est beaucoup plus importante que celle d'un remorqueur. Une règle fondant la limitation sur la jauge du navire [TRADUCTION] «qui dirige l'opération» signifierait qu'une compagnie qui a choisi de placer son navigateur sur la péniche courrait le risque d'une responsabilité plus grande en cas d'accident. Ainsi, même si c'était l'endroit le plus sûr pour le navigateur, il serait peut-être plus prudent pour la compagnie de remorquage d'insister pour qu'il agisse à partir du plus petit navire qu'elle possède dans la flottille plutôt qu'à partir de la péniche. Par ailleurs, selon la règle qui a pendant longtemps représenté le droit applicable au Canada, la limitation de la responsabilité de la compagnie de remorquage serait la même indépendamment du navire à partir duquel le navigateur dirige la flottille. On ne décourage donc pas le choix du navire le plus sûr.

En outre, l'exclusion de la jauge du bâtiment remorqué aux fins de déterminer la limite de responsabilité du propriétaire lorsque le remorqueur et le bâtiment remorqué appartiennent au même propriétaire peut conduire à la situation absurde où le propriétaire d'un navire peut effectivement réduire la limitation de responsabilité applicable en changeant le mode de propulsion du navire. Si le navire se déplace par ses propres moyens, la limite de responsabilité applicable, si ce navire cause des dommages dans une collision, sera fondée sur la jauge du navire. Mais si le navire est transformé en péniche non propulsée, et ensuite propulsé par un remorqueur, la position anglaise révisée, si on la suivait, entraînerait une limite de responsabilité fondée sur la jauge du remorqueur beaucoup plus petit. Pourquoi le fait qu'un navire soit mû par ses propres moteurs ou par un remorqueur appartenant à la même partie qui est propriétaire du navire devrait-il changer quelque chose à la limite de responsabilité applicable?

Finalement en ce qui concerne ce point, il ne faudrait pas non plus oublier que l'art. 647 est une disposition d'exception, qui déroge aux droits ordinaires d'obtenir des dommages-intérêts en cas de

others. Unless it is clear that the limitation should be reduced to a portion of the owner's assets involved in the collision, it seems to me all the assets should be considered; the courts should derogate from the usual rights of recovery only to the extent that the language and the purpose of the provision clearly so require.

For all these reasons, I am of the view that the traditional Canadian rule should be affirmed, with the result that in cases of navigational error affecting the conduct of a flotilla, all the vessels owned by the party responsible for the error which are affected by the error, whether involved directly in the accident or contributing causally to the accident, should be considered for purposes of determining the maximum liability of that party.

Disposition

I would allow both appeals and set aside the judgment of the Federal Court of Appeal in so far as it asserts the inability of the appellant to limit its liability under s. 647(2) of the *Canada Shipping Act*. I would hold that the extent of the limitation should be determined by the aggregate tonnage of the *Ohio* and the *South Carolina*. In light of the divided success of the parties in these appeals and in the overall conduct of this case, I would order that each party bear its own costs of the proceedings in this Court and in the courts below.

Appeals allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Martineau Walker, Montréal.

Solicitors for the respondents: Lavery, de Billy, Montréal.

négligence causant des dommages à autrui. À moins qu'il ne soit clair que la limitation devrait être ramenée à une partie de l'actif du propriétaire impliqué dans la collision, il me semble que tout l'actif devrait être pris en considération; les tribunaux devraient déroger aux droits ordinaires d'obtenir des dommages-intérêts seulement dans la mesure où le texte et l'objet de la disposition l'exigent clairement.

Pour tous ces motifs, j'estime qu'il y a lieu de confirmer la règle canadienne traditionnelle, de sorte que, dans les cas où il y a erreur de navigation touchant la conduite d'une flottille, tous les navires appartenant à la partie responsable de l'erreur qui sont touchés par l'erreur, peu importe qu'ils soient impliqués directement dans l'accident ou qu'ils y aient contribué, devraient être pris en considération pour déterminer la responsabilité maximale de cette partie.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir les deux pourvois et d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel fédérale en ce qui a trait à l'incapacité de l'appelante de limiter sa responsabilité aux termes du par. 647(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Je suis d'avis de conclure que l'étendue de la limitation devrait être déterminée en fonction de la jauge totale de l'*Ohio* et du *South Carolina*. Compte tenu du succès partagé que les parties ont connu dans les présents pourvois et dans le déroulement global de la présente instance, je suis d'avis d'ordonner que chaque partie assume ses propres dépens devant notre Cour et devant les tribunaux d'instance inférieure.

Pourvois accueillis, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes en partie.

Procureurs de l'appelante: Martineau Walker, Montréal.

Procureurs des intimés: Lavery, de Billy, Montréal.

**Canadian Human Rights
Commission** *Appellant*

v.

**Department of Secretary of State, Treasury
Board of Canada and Canadian Union of
Professional and Technical
Employees** *Respondents*

and

Attorney General of Canada *Respondent*

and

Brian Mossop *Mis en cause*

and

**Equality for Gays and Lesbians Everywhere,
Canadian Rights and Liberties Federation,
the National Association of Women and the
Law, the Canadian Disability Rights Council
and the National Action Committee on the
Status of Women** *Interveners*

and

**Focus on the Family, the Salvation Army,
REAL Women, the Evangelical Fellowship
of Canada and the Pentecostal Assemblies
of Canada** *Interveners*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v.
MOSSOP

File No.: 22145.

1992: June 3; 1993: February 25.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

**La Commission canadienne des droits de la
personne** *Appelante*

a c.

**Le Secrétariat d'État, le Conseil du Trésor
du Canada et le Syndicat canadien des
employés professionnels et
techniques** *Intimés*

et

c **Le procureur général du Canada** *Intimé*

et

d **Brian Mossop** *Mis en cause*

et

e **Égalité pour les gais et les lesbiennes, la
Fédération canadienne des droits et libertés,
l'Association nationale de la femme et du
droit, le Conseil canadien des droits des
personnes handicapées et le Comité
canadien d'action sur le statut de la
femme** *Intervenants*

et

g **Focus on the Family, l'Armée du salut,
REAL Women, l'Evangelical Fellowship of
Canada et les Assemblées de la Pentecôte du
Canada** *Intervenants*

h

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.
MOSSOP

N° du greffe: 22145.

i

1992: 3 juin; 1993: 25 février.

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

j

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Civil rights — Discriminatory practice — Family status — Employee denied bereavement leave to attend funeral of father of his male companion — Collective agreement providing for leave upon death of a member of an employee's "immediate family" — "Immediate family" including common-law spouse of opposite sex — Federal legislation prohibiting discrimination on basis of "family status" — Whether denial of bereavement leave based on family status — Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3, 10.

Judicial review — Standard of review — Curial deference toward specialized tribunals — Whether Federal Court of Appeal erred in holding that any error of law by human rights tribunal reviewable — Whether Tribunal committed such an error of law in interpreting "family status" as including a same-sex relationship — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

The complainant, a federal government employee, took a day off work to attend the funeral of the father of the man he described as his lover. The two men had known each other for over ten years and resided together in a jointly owned and maintained home. The collective agreement between Treasury Board and the complainant's union governing terms of employment provided for up to four days' leave upon the death of a member of an employee's "immediate family", a term defined as including a common-law spouse. The definition of "common-law spouse" was restricted to a person of the opposite sex. The day after the funeral the complainant applied for bereavement leave pursuant to the collective agreement, but his application was refused. The grievance he filed was rejected on the basis that the denial of his application was in accordance with the collective agreement. The complainant then filed complaints with the appellant Canadian Human Rights Commission against his employer, Treasury Board and his union.

The Human Rights Tribunal concluded that a discriminatory practice had been committed contrary to the *Canadian Human Rights Act*, which prohibited discrimination on the basis of "family status". It ordered that the day of the funeral be designated as a day of bereavement leave and that the collective agreement be amended so that the definition of common-law spouse include persons of the same sex who would meet the definition in

Libertés publiques — Acte discriminatoire — Situation de famille — Congé de deuil refusé à un employé pour assister aux funérailles du père de son compagnon — Convention collective prévoyant un congé de deuil en cas de décès d'un membre de la «proche famille» de l'employé — «Proche famille» comprend un conjoint de fait de sexe opposé — Loi fédérale interdisant la discrimination fondée sur la «situation de famille» — Le refus d'accorder le congé de deuil est-il fondé sur la situation de famille? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3, 10.

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Retenue judiciaire envers les tribunaux spécialisés — La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a statué que toute erreur de droit commise par un tribunal des droits de la personne est susceptible de révision? — Le tribunal a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a statué que l'expression «situation de famille» comprend une relation entre deux personnes de même sexe? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.

Le plaignant, un employé du gouvernement fédéral, s'est absenté du travail pendant une journée pour assister aux funérailles du père de l'homme qu'il décrivait comme son amant. Les deux hommes se connaissaient depuis plus de dix ans et ils demeuraient ensemble dans une maison qu'ils possédaient et entretenaient en commun. La convention collective entre le Conseil du Trésor et le syndicat du plaignant contenait une disposition relative à un congé de deuil jusqu'à concurrence de quatre jours en cas de décès d'un membre de la «proche famille», expression définie comme incluant un conjoint de droit commun. La définition de l'expression «conjoint de droit commun» désignait seulement une personne de sexe opposé. Le lendemain des funérailles, le plaignant a demandé un congé de deuil conformément à la convention collective, mais sa demande a été rejetée. Le grief présenté a été rejeté pour le motif que le refus d'accorder le congé demandé était conforme à la convention collective. Le plaignant a ensuite déposé des plaintes auprès de l'appelante la Commission canadienne des droits de la personne contre son employeur, le Conseil du Trésor et son syndicat.

Le Tribunal canadien des droits de la personne a conclu à l'existence d'un acte discriminatoire en contravention de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qui interdit la discrimination fondée sur la «situation de famille». Il a ordonné que le jour des funérailles soit désigné comme une journée de congé de deuil et que la convention collective soit modifiée de façon que la définition de conjoint de droit commun s'applique aux per-

its other respects. The Federal Court of Appeal granted the Attorney General of Canada's application pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act* and set aside the Tribunal's decision. This appeal is to determine whether the Federal Court of Appeal erred in holding that any error of law by a human rights tribunal is reviewable on a s. 28 application, and in holding that the term "family status" in the *Canadian Human Rights Act* did not include a homosexual relationship. No *Charter* issues were raised in this appeal.

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

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: The general question raised in this appeal is one of statutory interpretation and as such is a question of law over which the Federal Court of Appeal has jurisdiction under s. 28 of the *Federal Court Act*.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and Iacobucci JJ.: The denial of bereavement leave in this case was not discrimination on the basis of family status within the meaning of s. 3 of the *Canadian Human Rights Act*.

Per Lamer C.J. and Sopinka and Iacobucci JJ.: The Federal Court of Appeal had the necessary jurisdiction to review the Tribunal's decision. Where the Court has limited the power of intervention of the reviewing courts to cases of patent unreasonableness, the tribunals were acting under the special protection of privative clauses. There is no such clause immunizing the decisions of a human rights tribunal. The issue in this case is one of statutory interpretation, and therefore a question of law reviewable under s. 28 of the *Federal Court Act*. While the courts have shown curial deference toward certain specialized tribunals in interpreting their enabling Act, such deference will not apply to findings of law in which the tribunal has no particular expertise, such as findings of law by human rights tribunals. If need be, La Forest J.'s reasons were adopted in this regard.

The *Canadian Human Rights Act* did not prohibit discrimination on the basis of sexual orientation at the time

sonnes de même sexe respectant les autres critères de la définition. La Cour d'appel fédérale a fait droit à la demande du procureur général du Canada présentée conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, et annulé la décision du Tribunal. Le présent pourvoi vise à déterminer si la Cour d'appel fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a statué que toute erreur de droit commise par un tribunal des droits de la personne est susceptible de révision à la suite d'une demande fondée sur l'art. 28 et que l'expression «situation de famille» figurant dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne comprend pas une relation homosexuelle. Aucune question relative à la *Charte* n'a été soulevée en l'espèce.

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

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci: La question générale posée dans le présent pourvoi touche l'interprétation des lois, et il s'agit donc d'une question de droit sur laquelle la Cour d'appel fédérale a compétence en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et Iacobucci: Le refus de congé de deuil en l'espèce ne constituait pas un acte discriminatoire sur le fondement de la situation de famille au sens de l'art. 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Iacobucci: La Cour d'appel fédérale avait la compétence nécessaire pour réviser la décision du Tribunal. Dans les cas où la Cour a restreint l'exercice du pouvoir d'intervention des juridictions supérieures aux cas où la décision était manifestement déraisonnable, les tribunaux avaient agi sous la protection spéciale de clauses privatives. Il n'y a pas de clause semblable qui protège les décisions d'un tribunal des droits de la personne. Il s'agit en l'espèce d'une question d'interprétation des lois et donc d'une question de droit susceptible de révision en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Bien que les cours de justice aient fait montre de retenue judiciaire à l'égard de certains tribunaux spécialisés lorsqu'ils interprètent leur loi constitutive, elles n'ont pas à le faire relativement aux conclusions de droit qui ne relèvent pas du champ d'expertise particulier du tribunal, comme les conclusions de droit des tribunaux des droits de la personne. Si d'autres raisons à l'appui de cette conclusion sont nécessaires, les motifs du juge La Forest à cet égard sont adoptés.

Au moment où le congé pour cause de deuil fut refusé au plaignant, la *Loi canadienne sur les droits de la per-*

the complainant was denied bereavement leave. When Parliament added the phrase "family status" to the Act in 1983 it refused at the same time to add sexual orientation to the list of prohibited grounds of discrimination. In this case, the complainant's sexual orientation is so closely connected with the grounds which led to the refusal of the benefit that this denial could not be condemned as discrimination on the basis of "family status" without indirectly introducing into the Act the prohibition which Parliament specifically decided not to include. Absent a *Charter* challenge of its constitutionality, when Parliamentary intent is clear, courts and administrative tribunals are not empowered to do anything else but to apply the law.

Per La Forest and Iacobucci JJ.: Lamer C.J.'s general approach was agreed with. With respect to the standard of review, the general question raised is one of statutory interpretation, and as such is a question of law over which the Federal Court of Appeal has jurisdiction. In the absence of provisions indicating a legislative intention to limit judicial review, such as a privative clause, the normal supervisory role of the courts remains. While the courts have also been willing to show deference to administrative tribunals for reasons of relative expertise, the superior expertise of a human rights tribunal relates to fact-finding and adjudication in a human rights context, and does not extend to general questions of law such as the one at issue in this case. These are ultimately matters within the province of the judiciary, and involve concepts of statutory interpretation and general legal reasoning which the courts must be supposed competent to perform. The courts cannot abdicate this duty to the tribunal, and must therefore review the tribunal's decisions on questions of this kind on the basis of correctness, not on a standard of reasonability.

With respect to the meaning to be attributed to the words "family status", while the Act should be interpreted generously with a view to effecting its purpose, neither ordinary meaning, context, nor purpose indicates a legislative intention to include same-sex couples within "family status". This is not an action under the *Charter*, where the Court may review the actions of Parliament or the government.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): While courts will intervene in the face of a jurisdictional error, or a

sonne n'interdisait pas la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le législateur, en ajoutant, en 1983, l'expression «*family status*» au texte anglais de la Loi, refusait au même moment d'ajouter la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle à la liste des motifs de distinction illicite. En l'espèce, l'orientation sexuelle du plaignant est liée de façon si intime aux motifs qui ont conduit au refus de l'avantage, que l'on ne saurait condamner ce refus comme constituant une discrimination fondée sur la «situation de famille» sans introduire indirectement dans la Loi, l'interdiction que le législateur a spécifiquement décidé de ne pas inclure. Si sa constitutionnalité n'est pas contestée en vertu de la *Charte*, lorsque l'intention du législateur est évidente, les cours de justice et les tribunaux administratifs n'ont d'autres pouvoirs que d'appliquer la loi.

Les juges La Forest et Iacobucci: L'analyse du juge en chef Lamer est acceptée dans l'ensemble. Quant à la norme de contrôle, la question générale posée touche l'interprétation des lois et il s'agit donc d'une question de droit sur laquelle la Cour d'appel fédérale a compétence. En l'absence de dispositions indiquant une intention de limiter le contrôle judiciaire, comme une clause privative, les cours de justice conservent leur pouvoir habituel de surveillance. Bien que les cours de justice soient également disposées à user de retenue si le tribunal administratif a une expertise relative, l'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne porte sur l'appréciation des faits et sur les décisions dans un contexte de droits de la personne et ne s'étend pas aux questions générales de droit comme celle qui est soulevée en l'espèce. Ces questions relèvent de la compétence des cours de justice et font appel à des concepts d'interprétation des lois et à un raisonnement juridique général, qui sont censés relever de la compétence des cours de justice. Ces dernières ne peuvent renoncer à ce rôle en faveur du tribunal administratif. Elles doivent donc examiner les décisions du tribunal sur des questions de ce genre du point de vue de leur justesse et non en fonction de leur caractère raisonnable.

En ce qui concerne le sens qu'il faut donner à l'expression «situation de famille», bien que la Loi doive recevoir une interprétation large qui tend à la réalisation de son objet, ni le sens ordinaire, ni le contexte, ni l'objet n'indiquent que le législateur avait l'intention d'inclure les couples de même sexe dans l'expression «situation de famille». Il ne s'agit pas d'une action fondée sur la *Charte*, dans le cadre de laquelle la Cour peut examiner les actes du législateur ou du gouvernement.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Les cours de justice réviseront la décision d'un tribunal administratif

patently unreasonable error of fact or law, they should exercise caution and deference in reviewing the decisions of specialized administrative tribunals. The best approach to determining the appropriate standard of review in a specific case is one which recognizes the need for flexibility. The pragmatic and functional approach articulated by the Court in *Bibeault* provides the proper framework. It must be asked whether the legislator intended the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal. If so, the role of the courts is a superintending one, and intervention will be warranted only where the decision is patently unreasonable. This approach requires a focus on jurisdiction which accounts for the general values of deference, and the ease with which questions can be improperly branded as jurisdictional. Though it was first used in the context of a board protected by a privative clause, it is a principled approach of general application which does not focus on formal categories, but rather seeks to determine the rationale behind deference in a specific context. The Court will examine not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal. If, after the various factors are considered, it is concluded that courts should answer the question, then the question is one which does not lie within the board's jurisdiction and the test of correctness should apply. If it is concluded that the question should be answered by the board, then the question is one within the board's jurisdiction and courts should only intervene if the decision is patently unreasonable.

There is nothing in s. 28 of the *Federal Court Act* that dictates review of every error of law. Review is a discretionary remedy. Given the rationale for deference and the importance of the court's supervisory power, an error should be a serious one to merit a court's intervention.

The Tribunal has the jurisdiction to determine questions of fact, and courts should defer to these findings unless they are patently unreasonable. The Tribunal also has jurisdiction to interpret its Act and, consequently,

si celui-ci a commis une erreur de compétence ou une erreur de fait ou de droit manifestement déraisonnable, mais elles devraient faire preuve de circonspection et de retenue dans l'examen des décisions de tribunaux administratifs spécialisés. La meilleure façon de déterminer la norme de contrôle appropriée dans un cas donné est de reconnaître qu'il est nécessaire de faire preuve de souplesse. L'analyse pragmatique et fonctionnelle préconisée par notre Cour dans l'arrêt *Bibeault* est la formule toute désignée. Il faut se demander si le législateur a voulu qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal. Dans l'affirmative, la cour de justice aura un rôle de surveillance seulement, et elle n'interviendra que dans le cas où la décision rendue est manifestement déraisonnable. Cette analyse exige que l'accent soit mis sur la compétence, accent qui tient compte de la valeur que représente la retenue judiciaire ainsi que de la facilité avec laquelle une question peut être incorrectement qualifiée de question de compétence. Bien qu'elle ait tout d'abord été utilisée dans le contexte d'un tribunal protégé par une clause privative, cette analyse repose sur des principes d'application générale et ne met pas l'accent sur des catégories formelles, cherchant plutôt à reconnaître la raison d'être de la retenue judiciaire dans un contexte donné. La Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres et la nature du problème soumis au tribunal. Après examen des divers facteurs, si l'on conclut qu'elle devrait être tranchée par une cour de justice, la question ne relève pas de la compétence de l'organisme administratif et c'est le critère de la justesse de la décision qui devrait s'appliquer. Au contraire, si l'on conclut qu'elle doit être tranchée par l'organisme administratif, la question relève de la compétence de cet organisme et une cour de justice ne devrait intervenir que dans le cas où la décision rendue est manifestement déraisonnable.

L'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* n'a pas pour effet d'exiger un contrôle judiciaire relativement à toute erreur de droit. Le contrôle judiciaire est un remède discrétionnaire. Vu la raison d'être de la retenue judiciaire et l'importance du pouvoir de surveillance des cours de justice, seule une erreur grave justifiera leur intervention.

Le Tribunal a la compétence voulue pour trancher des questions de fait et les cours de justice devraient faire preuve de retenue à l'égard de ces décisions, sauf si elles sont manifestement déraisonnables. Il a aussi la

the meaning of the term "family status" in s. 3 of the *Canadian Human Rights Act*. Courts should defer to the Tribunal's interpretation since the legislature specifically intended that the Commission and its tribunals should carry out the task of interpreting the grounds of discrimination in the Act. While courts do have a role to play in this task, that role is a limited one, confined to overturning an interpretation which is patently unreasonable.

It is well established that human rights legislation has a unique quasi-constitutional nature, and that it is to be given a large, purposive and liberal interpretation. The purpose of the Act, set out in s. 2, is to ensure that people have an equal opportunity to make for themselves the life that they are able and wish to have without being hindered by discriminatory practices. The social cost of discrimination is insupportably high, and these insidious practices are damaging not only to the individuals who suffer the discrimination, but also to the very fabric of our society.

Even if one were to take a textual approach to the interpretation of s. 3 of the Act, it would not be necessary to construe "family status" as including only those families which have recognizable status at law. The term "status" may also indicate more factual matters of rank, social position, or relation to others. When the meaning of the French version of the term, "situation de famille", is considered, it is apparent that the scope of "family status" has potential to be very broad.

Parliament's decision to leave "family status" undefined is evidence of clear legislative intent that the term's meaning should be left for the Commission and its tribunals to define. Even if Parliament had in mind a specific idea of the scope of "family status", there is no definition in the Act which embodies this scope. Concepts of equality and liberty which appear in human rights documents are not bounded by the precise understanding of those who drafted them. The enumerated grounds of discrimination must be examined in the context of contemporary values, not in a vacuum. Their meaning is not frozen in time and the scope of each ground may evolve. Textual context should not detract from the purposive approach mandated by human rights documents, and legislative intent is best inferred from

compétence voulue pour interpréter sa loi constitutive, et, partant, l'expression «situation de famille» qui figure à l'art. 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Les cours de justice devraient faire preuve de retenue à l'égard de l'interprétation du Tribunal puisque le législateur avait spécifiquement l'intention de confier à la Commission et à ses tribunaux l'interprétation des motifs de distinction prévus dans la Loi. Les cours de justice ont un rôle à jouer, mais il est limité, et elles devraient intervenir seulement si l'interprétation donnée est manifestement déraisonnable.

Il est bien établi que les lois sur les droits de la personne ont une nature quasi constitutionnelle unique et qu'elles doivent être interprétées d'une façon large, libérale et en fonction de leur objet. L'objet de la Loi, mentionné à l'art. 2, est de consacrer le droit de tous les individus à l'égalité des chances d'organiser leur vie de la façon qu'ils l'entendent et selon leurs possibilités sans être victimes d'actes discriminatoires. Le coût social de la discrimination est insupportablement élevé et ces pratiques insidieuses sont préjudiciables non seulement aux personnes qui en sont victimes, mais aussi à la structure même de notre société.

Même si on adoptait une analyse fondée sur le texte pour interpréter l'art. 3 de la Loi, il ne serait pas nécessaire d'interpréter l'expression «situation de famille» de façon que cette expression comprenne seulement les familles qui ont un statut juridique reconnu. Le terme «*status*» dans le texte anglais peut aussi désigner sur le plan factuel le rang, la situation sociale ou une relation avec d'autres. En examinant le sens du terme français «situation de famille», on se rend facilement compte que l'expression «*family status*» peut avoir un sens très large.

La décision de ne pas définir l'expression en question est une preuve que le législateur avait clairement l'intention de laisser à la Commission et à ses tribunaux le soin de la définir. Même si le législateur avait à l'esprit une idée spécifique de la portée de l'expression «situation de famille», il n'existe pas de définition précise de cette portée dans la Loi. Les notions d'égalité et de liberté que l'on retrouve dans les documents sur les droits de la personne ne sont pas restreintes par la conception précise qu'en avaient leurs auteurs. Les motifs de distinction illicite énumérés doivent être examinés dans le contexte des valeurs contemporaines, et non dans l'absolu. Leur sens n'est pas établi une fois pour toutes et la portée de chacun peut évoluer. L'analyse du texte ne devrait pas s'écarter de l'analyse fondée sur l'objet qui

the legislation itself. The Tribunal cannot be reproached for having applied recognized principles of interpretation of human rights legislation, in light of the particular purpose of its Act.

The Tribunal's interpretation of "family status" in s. 3 of the Act is not patently unreasonable. The traditional conception of family is not the only conception. The multiplicity of definitions and approaches illustrates clearly that there is no consensus as to the boundaries of family, and that "family status" may have varied meanings depending on the context or purpose for which the definition is desired. This same diversity in definition is found in Canadian legislation affecting the "family"; the law has evolved and continues to evolve to recognize an increasingly broad range of relationships. The family is not merely a creation of law, and while law may affect the ways in which families behave or structure themselves, the changing nature of family relationships also has an impact on the law. It is clear that many Canadians do not live within traditional families. In defining the scope of the protection for "family status", the Tribunal thought it essential not only to look at families in the traditional sense, but also to consider the values that lie at the base of our support for families. It found that these values are not exclusive to the traditional family and can be advanced in other types of families. On the evidence before it and in the context of the Act, the Tribunal concluded that the potential scope of the term "family status" is broad enough that it does not *prima facie* exclude same-sex couples. In making this finding, the Tribunal used the proper interpretational approach, considered the purpose of the Act and the values at the base of the protection of families. This is a matter that lay at the heart of the Tribunal's specialized jurisdiction and expertise, and it cannot be said that this conclusion is at all unreasonable, *a fortiori* patently unreasonable. Using a functional approach, the Tribunal concluded that the specific relationship before it was one which, on the evidence, could come within the scope of "family status". Since this conclusion is far from being patently unreasonable, it must be left undisturbed.

doit guider l'interprétation des documents sur les droits de la personne; c'est à partir de la loi même qu'il est le plus facile de dégager l'intention du législateur. On ne peut reprocher au Tribunal d'avoir appliqué des principes reconnus d'interprétation en matière de droits de la personne, compte tenu de l'objet particulier de la Loi.

L'interprétation que le Tribunal a donnée à l'expression «situation de famille» mentionnée à l'art. 3 de la Loi n'est pas manifestement déraisonnable. La conception traditionnelle de la famille n'est pas la seule qui existe. La multiplicité des définitions et des conceptions de la famille illustre clairement qu'il n'existe pas de consensus quant aux paramètres de la famille et que l'expression «situation de famille» pourrait bien avoir plusieurs sens, selon le contexte ou l'objet du texte dans lequel on veut utiliser la définition. On peut également constater cette diversité lorsque l'on examine les lois canadiennes portant sur la «famille». Le droit en la matière a évolué et continue d'évoluer vers la reconnaissance d'un éventail de plus en plus large de relations. La famille n'est pas simplement une création juridique, et, bien que la loi puisse influencer sur son comportement ou sa structure, l'évolution des relations familiales a aussi une incidence sur le droit. Il est évident qu'un grand nombre de Canadiens ne vivent pas au sein de familles traditionnelles. Pour définir l'étendue de la protection contre la discrimination fondée sur la «situation de famille», le Tribunal a jugé essentiel d'examiner non seulement le modèle traditionnel de la famille, mais aussi les valeurs qui sous-tendent l'appui que nous donnons à la famille. Il a conclu que ces valeurs n'étaient pas propres à la famille traditionnelle et qu'elles peuvent exister à l'intérieur d'autres types de familles. Selon la preuve dont il disposait et dans le contexte de la Loi, le Tribunal a conclu que le sens possible de l'expression «situation de famille» est suffisamment large pour ne pas exclure à première vue les couples de même sexe. Pour arriver à cette conclusion, il s'est fondé sur la méthode d'interprétation applicable et a examiné l'objet de la Loi ainsi que les valeurs qui sous-tendent la protection des familles. C'est une question qui touche directement la compétence spécialisée et l'expertise du Tribunal; on ne saurait affirmer que cette conclusion est le moins déraisonnable, à plus forte raison manifestement déraisonnable. Utilisant une analyse fonctionnelle, le Tribunal a conclu que, d'après la preuve, la relation en question pouvait être visée par l'expression «situation de famille». Cette conclusion est loin d'être manifestement déraisonnable et elle ne devrait donc pas être modifiée.

The collective agreement restricted the bereavement leave to "immediate family", the definition of which clearly included some familial relationships while excluding others, in particular employees in permanent and public relationships with persons of the same sex. The Tribunal found that, given the complainant's factual situation and the purpose of the bereavement leave, the complainant had been denied an employment opportunity on the basis of the prohibited ground of "family status". While sexual orientation may appear to be the ground of discrimination, the central focus is "family status". The complainant was denied leave because the relationship he had with his companion was not recognized as a family relationship. The Tribunal, acting within its jurisdiction, identified the complainant's claim as one of discrimination on the basis of "family status". Based on the purpose of the Act, the purpose of the benefit, and all the evidence before it, it was perfectly reasonable for the Tribunal to conclude that the collective agreement violated s. 10(b) of the Act, a conclusion with which the Court has no reason to interfere.

Per Cory J. (dissenting): La Forest J.'s reasons were agreed with in so far as they pertain to the duty of the courts to review and the standard of review that should be applied to the decisions of human rights tribunals. The absence of any privative clause in the *Canadian Human Rights Act* is one of the factors that may be taken into account in determining the deference that should be accorded the decision of a tribunal acting pursuant to that Act and the extent of the supervisory role the court should exercise in reviewing such a decision. Based on the factors discussed by L'Heureux-Dubé J., however, the Tribunal was correct in determining that the term "family status" was sufficiently broad to include same-sex couples living together in a long-term relationship and that the complainant and his companion came within the scope of this term.

Per McLachlin J. (dissenting): La Forest J.'s reasons on the standard of review which courts should apply to human rights tribunals were agreed with. Applying this standard, and on the basis of the factors reviewed by L'Heureux-Dubé J., the Tribunal was correct in concluding that the relationship between the complainant

La convention collective limite le congé de deuil au décès d'un membre de la proche famille; de toute évidence, la définition de l'expression «proche famille» dans la convention collective inclut certaines relations familiales et en exclut d'autres. Elle exclut notamment un employé vivant une relation permanente et publique avec une personne de même sexe. Le Tribunal a conclu que, compte tenu des faits se rapportant au plaignant et de l'objet du congé de deuil, ce dernier a été privé d'une chance d'emploi pour un motif de distinction illicite, savoir la «situation de famille». Bien que l'orientation sexuelle puisse sembler en cause, l'élément central est la «situation de famille». On a refusé au plaignant le congé de deuil parce que la relation qu'il avait avec son compagnon n'était pas reconnue comme une relation familiale. Le Tribunal, agissant dans son domaine de compétence, a affirmé que le plaignant avait été victime de discrimination pour un motif fondé sur sa «situation de famille». Compte tenu de l'objet de la Loi, de l'objet de l'avantage et de toute la preuve présentée, il était parfaitement raisonnable que le Tribunal conclue que la convention collective contrevenait à l'al. 10b) de la Loi, conclusion à l'encontre de laquelle notre Cour ne serait aucunement justifiée d'intervenir.

Le juge Cory (dissident): Les motifs du juge La Forest sont acceptés dans la mesure où ils portent sur la fonction de contrôle des cours de justice et sur la norme de contrôle à appliquer aux décisions de tribunaux des droits de la personne. L'absence de clause privative dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est un des facteurs qui peuvent être pris en considération pour déterminer la retenue judiciaire dont il y a lieu de faire preuve à l'égard de la décision d'un tribunal agissant en vertu de la Loi ainsi que le degré de surveillance que la cour de justice devrait exercer en révisant une telle décision. Cependant, selon les facteurs examinés dans les motifs du juge L'Heureux-Dubé, le tribunal a eu raison quand il a déterminé que l'expression «situation de famille» était suffisamment large pour englober les couples de même sexe qui vivent ensemble dans une relation de longue durée et que le plaignant et son compagnon étaient visés par cette expression.

Le juge McLachlin (dissidente): L'opinion du juge La Forest sur la norme de contrôle que les cours de justice devraient appliquer à l'égard des tribunaux des droits de la personne est acceptée. Selon cette norme et compte tenu des facteurs exposés par le juge L'Heureux-Dubé, le Tribunal a eu raison de conclure

and his companion falls within the term "family status" under the Act.

que la relation entre le plaignant et son compagnon entre dans le champ d'application de l'expression «situation de famille» au sens de la Loi.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Referred to: *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipe-fitting Industry, Local 740, [1990] 3 S.C.R. 644; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon v. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 S.C.R. 596; *TWU v. British Columbia Telephone Co.*, [1988] 2 S.C.R. 564, rev'g (1985), 65 B.C.L.R. 145 (C.A.); *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Canada Labour Relations Board v. Halifax Longshoremén's*

a Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Haig c. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495.

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

Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740, [1990] 3 R.C.S. 644; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Banque nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon c. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 R.C.S. 596; *STT c. British Columbia Telephone Co.*, [1988] 2 R.C.S. 564, inf. (1985), 65 B.C.L.R. 145 (C.A.); *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Gendron c. Syndicat des approvisionnement et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, Section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Crevier c.*

Association, [1983] 1 S.C.R. 245; *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446; *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. v. Williams*, [1982] 1 F.C. 214; *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *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; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22; *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Krannenburg*, [1980] 1 S.C.R. 1053; *Royal Trust Co. v. Minister of National Revenue*, [1957] C.T.C. 32; *London Graving Dock Co. v. Horton*, [1951] A.C. 737; *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Schaap v. Canadian Armed Forces*, [1989] 3 F.C. 172; *Braschi v. Stahl Associates Co.*, 74 N.Y.2d 201 (1989); *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2, 3(1), 7(b), 9(1)(c), 10(b), 27, 49, 55, 56.

Procureur général du Québec, [1981] 2 R.C.S. 220; *Conseil canadien des relations du travail c. Association des débardeurs d'Halifax*, [1983] 1 R.C.S. 245; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446; *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. c. Williams*, [1982] 1 C.F. 214; *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *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; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Salomon c. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22; *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Krannenburg*, [1980] 1 R.C.S. 1053; *Royal Trust Co. c. Minister of National Revenue*, [1957] C.T.C. 32; *London Graving Dock Co. c. Horton*, [1951] A.C. 737; *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Schaap c. Forces armées canadiennes*, [1989] 3 C.F. 172; *Braschi c. Stahl Associates Co.*, 74 N.Y.2d 201 (1989); *Haig c. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 485(1).
Contributory Negligence Act, R.S.A. 1980, ch. C-23.

- Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33 [am. 1980-81-82-83, c. 143], ss. 2, 3(1), 7(b), 9(1)(c)(ii), 10(b), 39.
- Constitution Act, 1982*, s. 52.
- Contributory Negligence Act*, R.S.A. 1980, c. C-23.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 485(1).
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.
- Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 18(1)(l)(ii).
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2, 3(1), 7b), 9(1)c), 10b), 27, 49, 55, 56.
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33 [mod. 1980-81-82-83, ch. 143], art. 2, 3(1), 7b), 9(1)c)(ii), 10b), 39.
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.
- Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 18(1)l)(ii).
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.

Authors Cited

- Bartlett, Katharine T. "Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family Has Failed" (1984), 70 *Va. L. Rev.* 879.
- Bryden, Philip L. "Case Comment: *United Association of Journeymen and Apprentices of the Pipefitting Industry v. W.W. Lester (1978) Ltd.*" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 580.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, Issues Nos. 114 (December 20, 1982) and 115 (December 21, 1982).
- Canada. Statistics Canada. Housing, Family and Social Statistics Division, Target Groups Project. *Women in Canada: A Statistical Report*, 2nd ed. Ottawa: Statistics Canada, 1990.
- Chesler, Phyllis. *Mothers on Trial: The Battle for Children and Custody*. New York: McGraw-Hill Book, 1986.
- Comments, "Homosexuals' Right to Marry: A Constitutional Test and a Legislative Solution" (1979), 128 *U. Pa. L. Rev.* 193.
- Concise Oxford Dictionary of Current English*, 8th ed. Oxford: Oxford University Press, 1990, "status".
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.
- Diamond, Irene, ed. *Families, Politics and Public Policy: A Feminist Dialogue on Women and the State*. New York: Longman, 1983.
- D'Silva, Alan L. W. "Giving Effect to Human Rights Legislation — A Purposive Approach" (1991), 3 *Windsor Rev. L. & S. Issues* 45.
- Duclos, Nitya. "Disappearing Women: Racial Minority Women in Human Rights Cases" (1992), *Proceedings: Conference on Women and the Canadian State* (McGill-Queen's).
- Dumas, Jean, and Yves Péron. *Marriage and Conjugal Life in Canada: Current Demographic Analysis*. Ottawa: Statistics Canada, 1992.
- Bartlett, Katharine T. «Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family Has Failed» (1984), 70 *Va. L. Rev.* 879.
- Bryden, Philip L. «Case Comment: *United Association of Journeymen and Apprentices of the Pipefitting Industry v. W.W. Lester (1978) Ltd.*» (1992), 71 *R. du B. can.* 580.
- Canada. Chambre des Communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques*, fascicules nos 114 (20 décembre 1982) et 115 (21 décembre 1982).
- Canada. Statistique Canada. Division de la statistique sociale, du logement et des familles, Projet des groupes cibles. *Portrait statistique des femmes au Canada*, 2^e éd. Ottawa: Statistique Canada, 1990.
- Chesler, Phyllis. *Mothers on Trial: The Battle for Children and Custody*. New York: McGraw-Hill Book, 1986.
- Comments, «Homosexuals' Right to Marry: A Constitutional Test and a Legislative Solution» (1979), 128 *U. Pa. L. Rev.* 193.
- Concise Oxford Dictionary of Current English*, 8th ed. Oxford: Oxford University Press, 1990, «status».
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.
- Diamond, Irene, ed. *Families, Politics and Public Policy: A Feminist Dialogue on Women and the State*. New York: Longman, 1983.
- D'Silva, Alan L. W. «Giving Effect to Human Rights Legislation — A Purposive Approach» (1991), 3 *Windsor Rev. L. & S. Issues* 45.
- Duclos, Nitya. «Disappearing Women: Racial Minority Women in Human Rights Cases» (1992), *Proceedings: Conference on Women and the Canadian State* (McGill-Queen's).
- Dumas, Jean, et Yves Péron. *Mariage et vie conjugale au Canada: La conjoncture démographique*. Ottawa: Statistique Canada, 1992.

Doctrine citée

- Eichler, Margrit. *Families in Canada Today: Recent Changes and Their Policy Consequences*, 2nd ed. Toronto: Gage, 1988.
- Evans, J. M. "Jurisdictional Review in the Supreme Court: Realism, Romance and Recidivism" (1991), 48 *Admin. L.R.* 255. ^a
- Franklin, Kris. "«A Family Like Any Other Family: Alternative Methods of Defining Family in Law» (1990-1991), 18 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 1027.
- Golombok, Susan, Ann Spencer and Michael Rutter. «Children in Lesbian and Single-Parent Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal» (1983), 24 *J. Child Psychol. Psychiat.* 551. ^b
- Gomez, Jewelle. "Repeat After Me: We Are Different. We Are the Same." (1986), 14 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 935. ^c
- Grey, Julius H. "Sections 96 to 100: A Defense" (1985), 1 *Admin. L.J.* 3.
- Herek, Gregory M. "Myths About Sexual Orientation: A Lawyer's Guide to Social Science Research" (1991), 1 *Law & Sexuality* 133. ^d
- Herman, Didi. "Are We Family?: Lesbian Rights and Women's Liberation" (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 789.
- Langille, Brian A. "Judicial Review, Judicial Revisionism and Judicial Responsibility" (1986), 17 *R.G.D.* 169. ^e
- Larson, Jane E. "Discussion" (1992), 77 *Cornell L. Rev.* 1012.
- Law, Sylvia A. "Homosexuality and the Social Meaning of Gender", [1988] *Wis. L. Rev.* 187. ^f
- Lewis, Claudia A. "From This Day Forward: A Feminine Moral Discourse on Homosexual Marriage" (1988), 97 *Yale L.J.* 1783.
- Lorde, Audre. "Age, Race, Class, and Sex: Women Redefining Difference". In *Sister Outsider*. Freedom, Calif.: Crossing Press, 1984, 114. ^g
- MacLauchlan, H. Wade. "Judicial Review of Administrative Interpretations of Law: How Much Formalism Can We Reasonably Bear?" (1986), 36 *U.T.L.J.* 343.
- Mendola, Mary. *The Mendola Report: A New Look at Gay Couples*. New York: Crown, 1980. ^h
- Michel, Harriet R. "The Case for the Black Family" (1987), 4 *Harv. Blackletter J.* 21.
- Mullan, David J. "Of Chaff Midst the Corn: American Farm Bureau Federation v. Canada (Canadian Import Tribunal) and Patent Unreasonableness Review" (1991), 45 *Admin. L.R.* 264. ⁱ
- Mullan, David J. "The Re-Emergence of Jurisdictional Error" (1985), 14 *Admin. L.R.* 326.
- Note, "Looking for a Family Resemblance: The Limits of the Functional Approach to the Legal Definition of Family" (1991), 104 *Harv. L. Rev.* 1640. ^j
- Eichler, Margrit. *Families in Canada Today: Recent Changes and Their Policy Consequences*, 2nd ed. Toronto: Gage, 1988.
- Evans, J. M. «Jurisdictional Review in the Supreme Court: Realism, Romance and Recidivism» (1991), 48 *Admin. L.R.* 255.
- Franklin, Kris. ««A Family Like Any Other Family: Alternative Methods of Defining Family in Law» (1990-1991), 18 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 1027.
- Golombok, Susan, Ann Spencer and Michael Rutter. «Children in Lesbian and Single-Parent Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal» (1983), 24 *J. Child Psychol. Psychiat.* 551.
- Gomez, Jewelle. «Repeat After Me: We Are Different. We Are the Same.» (1986), 14 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 935.
- Grey, Julius H. «Sections 96 to 100: A Defense» (1985), 1 *Admin. L.J.* 3.
- Herek, Gregory M. «Myths About Sexual Orientation: A Lawyer's Guide to Social Science Research» (1991), 1 *Law & Sexuality* 133.
- Herman, Didi. «Are We Family?: Lesbian Rights and Women's Liberation» (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 789.
- Langille, Brian A. «Judicial Review, Judicial Revisionism and Judicial Responsibility» (1986), 17 *R.G.D.* 169.
- Larson, Jane E. «Discussion» (1992), 77 *Cornell L. Rev.* 1012.
- Law, Sylvia A. «Homosexuality and the Social Meaning of Gender», [1988] *Wis. L. Rev.* 187.
- Lewis, Claudia A. «From This Day Forward: A Feminine Moral Discourse on Homosexual Marriage» (1988), 97 *Yale L.J.* 1783.
- Lorde, Audre. «Age, Race, Class, and Sex: Women Redefining Difference». In *Sister Outsider*. Freedom, Calif.: Crossing Press, 1984, 114.
- MacLauchlan, H. Wade. «Judicial Review of Administrative Interpretations of Law: How Much Formalism Can We Reasonably Bear?» (1986), 36 *U.T.L.J.* 343.
- Mendola, Mary. *The Mendola Report: A New Look at Gay Couples*. New York: Crown, 1980.
- Michel, Harriet R. «The Case for the Black Family» (1987), 4 *Harv. Blackletter J.* 21.
- Mullan, David J. «Of Chaff Midst the Corn: American Farm Bureau Federation v. Canada (Canadian Import Tribunal) and Patent Unreasonableness Review» (1991), 45 *Admin. L.R.* 264.
- Mullan, David J. «The Re-Emergence of Jurisdictional Error» (1985), 14 *Admin. L.R.* 326.
- Note, «Looking for a Family Resemblance: The Limits of the Functional Approach to the Legal Definition of Family» (1991), 104 *Harv. L. Rev.* 1640.

- Petit Robert 1*. Paris: Le Robert, 1990, "situation".
- Rich, Adrienne. "Husband-Right and Father-Right". In *On Lies, Secrets, and Silence*. New York: Norton, 1979.
- Roman, Andrew J. "The Pendulum Swings Back" (1991), 48 *Admin. L.R.* 274. a
- Ryder, Bruce. "Equality Rights and Sexual Orientation: Confronting Heterosexual Family Privilege" (1990), 9 *Can. J. Fam. L.* 39.
- Stack, Carol B. *All Our Kin: Strategies for Survival in a Black Community*. New York: Harper & Row, 1974. b
- Stuart, Meryn E. "An Analysis of the Concept of Family". In Ann L. Whall and Jacqueline Fawcett, eds., *Family Theory Development in Nursing: State of the Science and Art*. Philadelphia: F. A. Davis, 1991, 31. c
- Terkelsen, Kenneth G. "Toward a Theory of the Family Life Cycle". In Elizabeth A. Carter and Monica McGoldrick, eds. *The Family Life Cycle: A Framework for Family Therapy*. New York: Gardner Press, 1980, 21. d
- Veevers, Jean E. *The Family in Canada*, Ottawa: Statistics Canada, 1977.
- Weiler, Paul C. "The 'Slippery Slope' of Judicial Intervention: The Supreme Court and Canadian Labour Relations 1950-1970" (1971), 9 *Osgoode Hall L.J.* 1. e
- Williams, Patricia J. *The Alchemy of Race and Rights*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991.
- Wright, Lorraine M., and Maureen Leahey. *Nurses and Families: A Guide to Family Assessment and Intervention*, 2nd ed. Philadelphia: F. A. Davis (forthcoming). f
- Zimmer, Lisa R. "Family, Marriage, and the Same-Sex Couple" (1990), 12 *Cardozo L. Rev.* 681.
- Petit Robert 1*. Paris: Le Robert, 1990, «situation».
- Rich, Adrienne. «Husband-Right and Father-Right». In *On Lies, Secrets, and Silence*. New York: Norton, 1979.
- Roman, Andrew J. «The Pendulum Swings Back» (1991), 48 *Admin. L.R.* 274.
- Ryder, Bruce. «Equality Rights and Sexual Orientation: Confronting Heterosexual Family Privilege» (1990), 9 *Rev. can. d. fam.* 39.
- Stack, Carol B. *All Our Kin: Strategies for Survival in a Black Community*. New York: Harper & Row, 1974.
- Stuart, Meryn E. «An Analysis of the Concept of Family». In Ann L. Whall and Jacqueline Fawcett, eds., *Family Theory Development in Nursing: State of the Science and Art*. Philadelphia: F. A. Davis, 1991, 31.
- Terkelsen, Kenneth G. «Toward a Theory of the Family Life Cycle». In Elizabeth A. Carter and Monica McGoldrick, eds. *The Family Life Cycle: A Framework for Family Therapy*. New York: Gardner Press, 1980, 21.
- Veevers, Jean E. *La famille au Canada*, Ottawa: Statistique Canada, 1977.
- Weiler, Paul C. «The 'Slippery Slope' of Judicial Intervention: The Supreme Court and Canadian Labour Relations 1950-1970» (1971), 9 *Osgoode Hall L.J.* 1.
- Williams, Patricia J. *The Alchemy of Race and Rights*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991.
- Wright, Lorraine M., and Maureen Leahey. *Nurses and Families: A Guide to Family Assessment and Intervention*, 2nd ed. Philadelphia: F. A. Davis (forthcoming).
- Zimmer, Lisa R. «Family, Marriage, and the Same-Sex Couple» (1990), 12 *Cardozo L. Rev.* 681.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1991] 1 F.C. 18, 71 D.L.R. (4th) 661, 32 C.C.E.L. 276, 114 N.R. 241, 90 C.L.L.C. ¶ 17,021, 12 C.H.R.R. D/355, setting aside a decision of a Human Rights Tribunal (1989), 10 C.H.R.R. D/6064, upholding a complaint of discrimination. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. dissenting.

René Duval and William Pentney, for the appellant.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1991] 1 C.F. 18, 71 D.L.R. (4th) 661, 32 C.C.E.L. 276, 114 N.R. 241, 90 C.L.L.C. ¶ 17,021, 12 C.H.R.R. D/355, qui a annulé une décision d'un tribunal des droits de la personne (1989), 10 C.H.R.R. D/6064, qui avait fait droit à une plainte de discrimination. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin sont dissidents.

René Duval et William Pentney, pour l'appelante.

Barbara A. McIsaac, Q.C., and *Lisa Hitch*, for the respondents the Attorney General of Canada, the Department of Secretary of State and Treasury Board of Canada.

Gwen Brodsky, for the interveners Equality for Gays and Lesbians Everywhere, Canadian Rights and Liberties Federation, the National Association of Women and the Law, the Canadian Disability Rights Council and the National Action Committee on the Status of Women.

W. I. C. Binnie, Q.C., and *Jenney P. Stephenson*, for the interveners Focus on the Family, the Salvation Army, REAL Women, the Evangelical Fellowship of Canada and the Pentecostal Assemblies of Canada.

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

LAMER C.J.—

I — Facts

In June 1985, the complainant Brian Mossop was employed in Toronto as a translator for the Department of the Secretary of State. On June 3, 1985, Mossop attended the funeral of the father of the man whom Mossop described as his lover. Mossop testified that the two men have known each other since 1974, and have resided together since 1976 in a jointly owned and maintained home. They share the day-to-day developments in their lives and maintain a sexual relationship. Each has made the other the beneficiary of his will. They are known to their friends and families as lovers.

At the time, Mossop's terms of employment were governed by a collective agreement between the Treasury Board and the Canadian Union of Professional and Technical Employees ("CUPE"). Article 19.02 of this agreement contained a provision relating to bereavement leave calling for up to four days' leave upon the death of a member of an employee's "immediate family". This term was defined as:

Barbara A. McIsaac, c.r., et *Lisa Hitch*, pour les intimés le procureur général du Canada, le Secrétariat d'État et le Conseil du Trésor du Canada.

Gwen Brodsky, pour les intervenants Égalité pour les gais et les lesbiennes, la Fédération canadienne des droits et libertés, l'Association nationale de la femme et du droit, le Conseil canadien des droits des personnes handicapées et le Comité canadien d'action sur le statut de la femme.

W. I. C. Binnie, c.r., et *Jenney P. Stephenson*, pour les intervenants Focus on the Family, l'Armée du salut, REAL Women, l'Évangélique Fellowship of Canada et les Assemblées de la Pentecôte du Canada.

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

LE JUGE EN CHEF LAMER—

e I — Les faits

En juin 1985, le plaignant, M. Brian Mossop, travaillait à Toronto à titre de traducteur pour le Secrétariat d'État. Le 3 juin 1985, M. Mossop a assisté aux funérailles du père de l'homme qu'il décrivait comme son amant. Il a témoigné que les deux hommes se connaissent depuis 1974 et qu'ils vivent ensemble depuis 1976 dans une maison qu'ils possèdent et entretiennent en commun. Ils partagent les faits et événements de la vie quotidienne et entretiennent une liaison. Chacun a institué l'autre son héritier. Ils sont considérés par leurs amis et leurs familles comme étant des amants.

À l'époque, les conditions d'emploi de M. Mossop étaient régies par une convention collective entre le Conseil du Trésor et le Syndicat canadien des employés professionnels et techniques (le «SCEPT»). L'article 19.02 de cette convention contenait une disposition relative à un congé de deuil jusqu'à concurrence de quatre jours en cas de décès d'un membre de la «proche famille» de l'employé. Cette expression était définie ainsi:

... father, mother, brother, sister, spouse (including common-law spouse resident with the employee), child (including child of common-law spouse), or ward of the employee, father-in-law, mother-in-law, and in addition a relative who permanently resides in the employee's household or with whom the employee permanently resides.

In the definition section of the agreement, at art. 2.01(s), it was provided that:

(s) a "common-law spouse" relationship is said to exist when, for a continuous period of at least one year, an employee has lived with a person of the opposite sex, publicly represented that person to be his/her spouse, and lives and intends to continue to live with that person as if that person were his/her spouse.

The day after the funeral, Mossop applied for bereavement leave pursuant to art. 19.02 of the collective agreement. The application was turned down, and Mossop declined to accept the day of special leave he was offered in its stead.

When his grievance, filed with the approval of and pursued by his union, was rejected on the basis that the denial of his application was in accordance with the collective agreement, Mossop went to the appellant, the Canadian Human Rights Commission. There he laid complaints against his employer, the Department of the Secretary of State (to which was later added the Treasury Board), and his union, CUPTE. The complaints invoked ss. 7(b), 9(1)(c) and 10(b) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (formerly S.C. 1976-77, c. 33, as amended) ("the CHRA").

The Canadian Human Rights Tribunal concluded that the Treasury Board and CUPTE did commit a discriminatory practice under s. 10(b) of the CHRA: (1989), 10 C.H.R.R. D/6064. The Tribunal ordered that June 3, 1985 be designated as a day of bereavement leave, that the holiday leave credit which had been used to account for the absence be restored, that Treasury Board and CUPTE each pay Mossop \$250 in respect of feelings and self-respect, that Treasury Board and CUPTE cease to apply arts. 19.02 and 2.01(s) of the collective agreement in so far as they do not

... le père, la mère, le frère, la sœur, le conjoint (y compris le conjoint de droit commun demeurant avec l'employé), l'enfant propre de l'employé (y compris l'enfant du conjoint de droit commun) ou l'enfant en tutelle de l'employé, le beau-père, la belle-mère et tout parent demeurant en permanence au foyer de l'employé ou avec qui l'employé demeure en permanence.

Dans les définitions contenues dans la convention, on prévoyait à l'al. 2.01s) que:

s) on dit qu'il existe des liens de «conjoint de droit commun» lorsque, pendant une période continue d'au moins une année, un employé a cohabité avec une personne de sexe opposé, l'a présentée publiquement comme son conjoint, et vit et a l'intention de continuer à vivre avec cette personne comme si elle était son conjoint.

Le lendemain des funérailles, M. Mossop a demandé le congé de deuil prévu à l'art. 19.02 de la convention collective. Sa demande a été rejetée, et il a décliné l'offre de congé spécial d'une journée qu'on lui a faite à la place.

Son grief, présenté avec l'approbation de son syndicat qui l'a également représenté, ayant été rejeté pour le motif que le refus d'accorder le congé demandé était conforme à la convention collective, M. Mossop s'est adressé à l'appelante, la Commission canadienne des droits de la personne. Il a déposé des plaintes contre son employeur, le Secrétariat d'État (auquel est venu s'ajouter le Conseil du Trésor), et son syndicat, le SCEPT. Il a invoqué les al. 7b), 9(1)c) et 10b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (auparavant S.C. 1976-77, ch. 33, modifiée) («la LCDP»).

Le Tribunal canadien des droits de la personne a conclu que le Conseil du Trésor et le SCEPT avaient effectivement agi de façon discriminatoire selon l'al. 10b) LCDP: (1989), 10 C.H.R.R. D/6064. Il a ordonné que le 3 juin 1985 soit désigné comme une journée de congé de deuil, que la journée de congé annuel utilisée pour justifier l'absence soit créditée au plaignant, que le Conseil du Trésor et le SCEPT versent tous deux à M. Mossop la somme de 250 \$ pour atteinte à ses sentiments et à son amour-propre, que le Conseil du Trésor et le SCEPT cessent d'appliquer

allow bereavement leave in situations where a person of the same sex as the employee covered by the collective agreement would otherwise meet the definition of "common law spouse", except for the sex of that person, and that the collective agreement be amended so that the definition of common-law spouse include persons of the same sex who would meet the definition in its other respects.

By originating notice, the Attorney General of Canada made an application to the Federal Court of Appeal pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, to review and set aside the decision of the Canadian Human Rights Tribunal. The Federal Court of Appeal allowed the s. 28 application and the decision of the Tribunal was set aside: [1991] 1 F.C. 18, 71 D.L.R. (4th) 661, 32 C.C.E.L. 276, 114 N.R. 241, 90 C.L.L.C. ¶ 17,021, 12 C.H.R.R. D/355.

II — Relevant Statutory Provisions

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6

3. (1) For all purposes of this Act, race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted are prohibited grounds of discrimination.

N.B. "Family status" was added as a prohibited ground of discrimination to the *CHRA* by S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 2, and the relevant provisions came into force on July 1, 1983.

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,

on a prohibited ground of discrimination.

l'art. 19.02 et l'al. 2.01s) de la convention dans la mesure où ceux-ci ne permettent pas de congé de deuil dans des situations où une personne de même sexe que l'employé visé par la convention collective serait, n'eût été son sexe, normalement visée par la définition de «conjoint de droit commun», et que la convention collective soit modifiée de façon que la définition de conjoint de droit commun s'applique aux personnes de même sexe respectant les autres critères de la définition.

Le procureur général du Canada, par requête introductive d'instance, a présenté à la Cour d'appel fédérale une demande fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, en vue de la révision et de l'annulation de la décision du Tribunal canadien des droits de la personne. La Cour d'appel fédérale a accueilli la demande fondée sur l'art. 28, et a annulé la décision du Tribunal: [1991] 1 C.F. 18, 71 D.L.R. (4th) 661, 32 C.C.E.L. 276, 114 N.R. 241, 90 C.L.L.C. ¶ 17,021, 12 C.H.R.R. D/355.

II — Les dispositions législatives pertinentes

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6

3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

N. B.: Les termes «état matrimonial» et «*family status*» ont été ajoutés à la *LCDP* comme motifs de distinction illicite par S.C. 1980-81-82-83, ch. 143, art. 2, et les dispositions pertinentes sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 1983.

7. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects:

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

9. (1) It is a discriminatory practice for an employee organization on a prohibited ground of discrimination

(c) to limit, segregate, classify or otherwise act in relation to an individual in a way that would deprive the individual of employment opportunities, or limit employment opportunities or otherwise adversely affect the status of the individual, where the individual is a member of the organization or where any of the obligations of the organization pursuant to a collective agreement relate to the individual.

10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or organization of employers

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

III — Judgments

Canadian Human Rights Tribunal (1989), 10 C.H.R.R. D/6064

The Tribunal identified the fundamental question as being whether the denial of bereavement leave in accordance with the collective agreement was based on family status, the prohibited ground of discrimination cited by Mossop. Relying on decisions from this Court in *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, and *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, the Tribunal noted that the interpretation of the term “family status” as used in the CHRA must be governed by the principles of inter-

9. (1) Constitue un acte discriminatoire, s’il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, pour une organisation syndicale:

c) d’établir, à l’endroit d’un adhérent ou d’un individu à l’égard de qui elle a des obligations aux termes d’une convention collective, que celui-ci fasse ou non partie de l’organisation, des restrictions, des différences ou des catégories ou de prendre toutes autres mesures susceptibles soit de le priver de ses chances d’emploi ou d’avancement, soit de limiter ses chances d’emploi ou d’avancement, ou, d’une façon générale, de nuire à sa situation.

10. Constitue un acte discriminatoire, s’il est fondé sur un motif de distinction illicite et s’il est susceptible d’annihiler les chances d’emploi ou d’avancement d’un individu ou d’une catégorie d’individus, le fait, pour l’employeur, l’association patronale ou l’organisation syndicale:

b) de conclure des ententes touchant le recrutement, les mises en rapport, l’engagement, les promotions, la formation, l’apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d’un emploi présent ou éventuel.

III — Les jugements

Tribunal canadien des droits de la personne (1989), 10 C.H.R.R. D/6064

Pour le Tribunal, la question fondamentale était de savoir si le refus d’accorder le congé de deuil en conformité avec la convention collective était fondé sur la situation de famille, soit le motif de distinction illicite invoqué par M. Mossop. En s’appuyant sur les arrêts de notre Cour *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, et *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, le Tribunal a fait remarquer que l’interprétation de l’ex-

pretation of human rights codes in general, and the *CHRA* in particular. The Tribunal further noted that these principles of interpretation are expressed in broad terms.

According to the Tribunal, the Supreme Court of Canada is taking the same purposive approach used in the interpretation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the interpretation of human rights codes due to their special nature. The Tribunal noted that these cases did not involve the interpretation of a prohibited ground of discrimination. In this respect the Tribunal stated at p. D/6090:

In the view of the Tribunal, the Court has not suggested in its decisions that these principles of interpretation might vary according to the type of interpretive problem raised. In fact, the reliance placed by the Court on advancing and effecting the broad purposes of the *Act* suggests that the Court has enunciated a truly general principle of interpretation.

The Tribunal declared that the term “family status” as used in the *CHRA* is not clear and unambiguous. In seeking to solve this problem of interpretation, the question for the Tribunal “is not what is the reasonable meaning, but what is a reasonable meaning, which best accords with the *Act*” (emphasis in original) (p. D/6094). In concluding that homosexual couples may constitute a family, the Tribunal stated (at p. D/6094):

The Tribunal, giving the term “family status” a reasonable meaning which is neither the narrowest meaning of the term nor a minimizing of rights under the *Act*, holds that, *prima facie*, homosexuals in a relationship are not excluded from relying on that prohibited ground of discrimination.

“Reasonable” is a term that is notoriously difficult of interpretation, and “reasonability” is impossible of measurement. The dictionary approach itself reflects the nub of the problem, that is, that families can be defined by considering certain formal relationships as well as by

pression «situation de famille» que l’on retrouve dans la *LCDP* doit reposer sur les principes d’interprétation des codes des droits de la personne, en général, et de la *LCDP*, en particulier. Il a également dit que ces principes d’interprétation sont formulés en termes généraux.

Selon le Tribunal, la Cour suprême du Canada adopte, pour l’interprétation des codes des droits de la personne en raison de leur nature spéciale, la même analyse fondée sur l’objet utilisée pour l’interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le Tribunal a constaté que ces affaires ne portaient pas sur l’interprétation d’un motif de distinction illicite. À cet égard, il dit à la p. D/6090:

Selon l’avis du tribunal, la Cour suprême n’a pas laissé entendre dans ses décisions que tels principes d’interprétation pourraient varier selon le type de problème d’interprétation en cause. Effectivement, la confiance manifestée par la Cour suprême en énonçant et en réalisant les principaux objets de la *Loi* laisse croire que la Cour a énoncé un principe d’interprétation à caractère véritablement général.

Le Tribunal a déclaré que l’expression «situation de famille» utilisée dans la *LCDP* n’est pas claire. Lorsqu’il cherche à résoudre ce problème d’interprétation, la question que doit trancher le Tribunal «n’est pas de déterminer quelle est la signification raisonnable, mais plutôt quelle est une signification raisonnable, qui s’harmonise de la meilleure façon possible avec la *Loi*» (en italique dans l’original) (à la p. D/6094). En concluant que les couples homosexuels peuvent constituer une famille, il ajoute, à la p. D/6094:

Le Tribunal, en donnant à l’expression «situation de famille» une signification raisonnable, laquelle n’est ni la plus étroite signification de l’expression, ni une limitation des droits accordés par la *Loi*, est d’avis qu’à première vue on ne saurait empêcher les homosexuels ayant une relation d’invoquer ce motif de distinction illicite.

Il est extrêmement difficile d’interpréter la signification du mot «raisonnable» alors qu’il est tout à fait impossible de cerner l’expression «caractère raisonnable». L’approche fondée sur l’utilisation des dictionnaires reflète elle-même le fond du problème, à savoir,

considering relationships based on other factors (which dictionaries have difficulty expressing). As a practical matter, the Tribunal agrees with the complainant that terms should not be confined to their historical roots, but must be tested in today's world, against an understanding of how people are living and how language reflects reality. Dr. Eichler's [specialist in sociology and family policy called as an expert witness by the appellant] evidence, as well as that of the complainant, was helpful in making these assessments. Value judgments should play no part in this process, because they may operate to favour a view of the world as it might be preferred over the world as it is. The Tribunal notes the conclusion reached by Hugessen J. in *Schaap* [[1989] 3 F.C. 172] that the *Act* does not promote certain types of status over others and that the *Act* is intended to address group stereotypes. For these reasons, the Tribunal finds that it is reasonable to conclude that homosexual couples may constitute a family.

The Tribunal concluded that the Treasury Board and CUPTE had infringed s. 10(b) in entering into the collective agreement. It looked at the common law relationships that were included in the meaning of "immediate family" by the definition in the collective agreement, mentioned above. It noted that the definition of common law spousal relationship already incorporates a functional approach to the type of relationships for which bereavement leave is appropriate. It also noted that as the definition included some familial relationships and excluded some others, the collective agreement treated some types of familial relationships differently than others, in particular same-sex couples. It finally concluded (at p. D/6097):

Having determined that persons of the same sex *prima facie* may have the status of a family under the *Act*, and having determined that the family of the complainant is treated differently under the *Act* than other families, including but not limited to families which are very similar in their characteristics to that of the complainant, this Tribunal therefore finds that the collective agreement deprived the complainant of the employment opportunity of bereavement leave on a prohibited ground of discrimination, and that therefore each of the Treasury Board and CUPTE have committed a discriminatory practice under s. 10(b) of the *Act*.

que la définition des familles peut reposer sur certaines relations formelles, tout comme sur des relations fondées sur d'autres facteurs (que les dictionnaires ont difficulté à exprimer). Cela signifie en pratique que le Tribunal partage l'opinion du plaignant à l'effet que les termes ne doivent pas se limiter à leur acception traditionnelle, mais doivent plutôt être mesurés dans le monde d'aujourd'hui, en fonction d'une compréhension de la vie courante et de la façon dont la langue reflète cette réalité. Le témoignage du D^r Eichler, ainsi que celui du plaignant, ont été fort utiles pour en arriver à ces conclusions. Ce processus ne doit comprendre aucun jugement de valeur, puisqu'il pourrait sembler pencher en faveur d'une conception idéalisée plutôt que réelle du monde. Le Tribunal constate la conclusion à laquelle en était arrivé le juge Hugessen dans l'affaire *Schaap* [[1989] 3 C.F. 172], à savoir que la *Loi* ne favorise pas certains types d'états plutôt que d'autres, et que la *Loi* a pour objet de corriger les stéréotypes collectifs. Pour toutes ces raisons, le Tribunal est d'avis qu'on peut raisonnablement conclure que les couples homosexuels peuvent constituer une famille.

Le Tribunal était d'avis que le Conseil du Trésor et le SCEPT ont contrevenu à l'al. 10b) en concluant la convention collective. Il a examiné les unions de fait que la définition de la convention collective, mentionnée ci-dessus, fait entrer dans la signification de «proche famille». Il a noté que la définition incorpore déjà une approche fonctionnelle dans le genre de liens pour lesquels le congé de deuil est approprié. Il a noté également que, comme la définition comprenait certains liens familiaux et en excluait d'autres, la convention collective traitait certains genres de liens familiaux différemment des autres, tout particulièrement les couples formés de personnes de même sexe. Il a dit en dernier lieu, à la p. D/6097:

Ayant conclu que les personnes de même sexe peuvent à première vue avoir le statut d'une famille selon la *Loi*, et ayant conclu que la famille du plaignant reçoit un traitement différent aux termes de la *Loi* que d'autres familles, y compris mais sans limiter la généralité de ce qui précède aux familles dont les caractéristiques ressemblent beaucoup à celles du plaignant, ce Tribunal en arrive à la conclusion que la convention collective a privé le plaignant d'une chance d'emploi, savoir, un congé de deuil, pour un motif de distinction illicite, et il s'ensuit que le Conseil du Trésor et le SCEPT ont commis un acte discriminatoire selon le para. 10b) de la *Loi*.

In so far as it had done no more than administer the terms of the agreement from which its decision had flowed directly, the Department was not found to have committed a separate discriminatory practice pursuant to s. 7(b) in denying the bereavement leave. The Tribunal made no separate finding of liability against CUPTE under s. 9(1)(c).

Federal Court of Appeal, [1991] 1 F.C. 18

1. Marceau J.A.

Marceau J.A. noted that the Tribunal recognized the fundamental question that was put to it as being whether the term "family status" includes a homosexual relationship. In his opinion, the question that the Tribunal defined as fundamental would not solve the real issue that had to be addressed. Marceau J.A. was of the view that a more specific analysis was required than one based on the general attributes of a family group.

Marceau J.A. first held that any error of law by a Canadian Human Rights Tribunal is reviewable on an application pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, as the *CHRA* did not include any private clause.

Marceau J.A. also held that the Tribunal erred in interpreting the term "family status" in the *CHRA* as including a homosexual relationship between two individuals. In so concluding, Marceau J.A. examined the propositions on which the Tribunal based its reasoning and noted that only a legal approach could lead to a proper understanding of the term "family status". In this respect, he stated, at p. 35:

To these serious difficulties I have with the propositions adopted by the Tribunal, I will add my concern with an approach that simply forgets that the word "family" is not used in isolation in the Act, but rather coupled with the word "status". A status, to me, is primarily a legal concept which refers to the particular position of a person with respect to his or her rights and limitations as a result of his or her being member of some legally recognized and regulated group. I fail to see how any approach other than a legal one could lead

Dans la mesure où il n'a fait rien de plus que d'appliquer la convention sur laquelle sa décision était directement fondée, le ministère n'était pas considéré comme ayant commis un acte discriminatoire distinct selon l'al. 7b) en refusant d'accorder le congé de deuil. Le Tribunal n'a pas conclu à une responsabilité distincte du SCEPT aux termes de l'al. 9(1)c).

b La Cour d'appel fédérale, [1991] 1 C.F. 18

1. Le juge Marceau

Le juge Marceau constate que, d'après le Tribunal, la question fondamentale dont il était saisi était de savoir si l'expression «situation de famille» comprend une relation homosexuelle. À son avis, la question que le Tribunal a qualifié de fondamentale ne trancherait pas le véritable point qu'il avait à traiter. Il estime qu'il fallait procéder à une analyse plus précise que celle fondée sur les attributs généraux d'un groupe familial.

Le juge Marceau décide d'abord que toute erreur de droit commise par le Tribunal canadien des droits de la personne est susceptible de révision à la suite d'une demande fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, puisque la *LCDP* ne comporte aucune clause privative.

Il estime également que le Tribunal a commis une erreur en interprétant l'expression «situation de famille» utilisée dans la *LCDP* comme comprenant une relation homosexuelle entre deux personnes. Pour aboutir à cette conclusion, il examine les propositions sur lesquelles le Tribunal a fondé son raisonnement et il note que seule une approche juridique pourrait mener à une compréhension correcte de l'expression «situation de famille». À cet égard, il déclare, à la p. 35:

À ces sérieuses réserves que je fais sur les prémisses du Tribunal s'ajoute le fait qu'il s'agit d'une approche qui ne tient tout simplement pas compte du fait que le terme «famille» n'est pas employé seul dans la Loi, mais qu'il est associé au mot «status» dans la version anglaise. À mes yeux, «status» est d'abord et avant tout une notion juridique qui désigne la position spécifique d'une personne par rapport aux droits dont elle jouit et aux restrictions dont elle est l'objet du fait de son appartenance à un groupe juridiquement reconnu et régle-

to a proper understanding of what is meant by the phrase "family status". Even if we were to accept that two homosexual lovers can constitute "sociologically speaking" a sort of family, it is certainly not one which is now recognized by law as giving its members special rights and obligations.

He added that the *CHRA* was amended in 1983, to express in English what the French version was already saying, "so that the English version must be taken to express the notion underlying the words used in French". He then concluded as follows, at p. 36:

So, the reasoning of the Tribunal simply does not appear to me acceptable. The Tribunal had no authority to reject the generally understood meaning given to the word "family" and to adopt in its stead, through a consciously *ad hoc* approach, a meaning ill-adapted to the context in which the word appears and obviously not in conformity with what was intended when the word was introduced, as shown by the legislative history of the amendment.

In his analysis of the real issue underlying the complaint, Marceau J.A. noted that sexual orientation was the real ground of discrimination involved. He added, at pp. 37-38:

But could it not be said, at this point, that although sexual orientation is not one of the enumerated grounds of discrimination in the Act, according to two cases, *Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Services)*, [1990] 1 F.C. 321 (T.D.) (affirmed on other grounds by the Court of Appeal on May 31, 1990, Court file A-557-89), and *Brown v. B.C. (Min. of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294 (S.C.), it is a ground protected from discrimination under section 15 of the Charter, so that the conclusion reached by the Tribunal would be validated by being the only application of "family status" consonant with the Charter.

My reaction is that I do not see the Charter as capable of being used as a kind of *ipso facto* legislative amendment machine requiring its doctrine to be incorporated in the human rights legislation by stretching the meaning of terms beyond their boundaries.

menté. Je ne vois pas comment une approche autre que l'approche juridique peut mener à une compréhension correcte de ce que signifie l'expression «*family status*». Même si nous devons convenir que deux amants homosexuels peuvent constituer «sociologiquement parlant» une sorte de famille, ce n'est certainement pas une famille qui, juridiquement parlant, confère à ses membres des obligations et des droits spéciaux.

Il ajoute que la *LCDP* a été modifiée en 1983 afin d'exprimer en anglais ce que le texte français disait déjà et que «par conséquent, on doit considérer que le texte anglais exprime la notion qui est sous-jacente dans les mots utilisés en français». Il conclut alors ainsi, à la p. 36:

En résumé, le raisonnement du Tribunal m'apparaît tout simplement inacceptable. Le Tribunal n'a pas le pouvoir d'écarter la signification généralement donnée au mot «famille» et d'y substituer, au moyen d'une approche volontairement ponctuelle, une signification qui ne convient pas au contexte dans lequel ce mot est employé et qui, de toute évidence, ne correspond pas à l'intention qu'avait le législateur lorsqu'il a incorporé ce mot dans la Loi, comme en témoigne l'historique législatif de la modification.

Dans son analyse de la véritable question qui sous-tend la plainte, le juge Marceau remarque que l'orientation sexuelle était le véritable motif de distinction illicite invoqué. Il ajoute, aux pp. 37 et 38:

Mais ne pourrait-on pas dire, à ce stade-ci, que même si l'orientation sexuelle ne figure pas parmi les motifs de distinction illicite énumérés dans la Loi, il pourrait quand même s'agir, selon les arrêts *Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, [1990] 1 C.F. 321 (1^{re} inst.) (confirmé pour d'autres motifs par la Cour d'appel le 31 mai 1990, n^o du greffe A-557-89) et *Brown v. B.C. (Min. of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294 (C.S.), d'une forme de discrimination prohibée par l'article 15 de la Charte, ce qui prouverait la justesse de la conclusion du Tribunal puisque ce serait la seule application de l'expression «situation de famille» qui respecte la Charte.

Je ne pense pas que la Charte soit susceptible d'être utilisée comme une sorte de mécanisme d'amendement législatif *ipso facto* exigeant l'incorporation des principes qui la sous-tendent dans les lois sur les droits de la personne en étirant le sens des mots au-delà de leurs limites.

2. Stone J.A. (concurring in the result)

Stone J.A. agreed with the result proposed by Marceau J.A., and also with his reasons except for a few differences which follow.

Firstly, according to Stone J.A. it is of considerable significance, in deciding the correctness of the decision of the Tribunal, to look at the objective of Parliament in adding "family status" as a prohibited ground of discrimination. He stated, at p. 40:

Until that amendment was adopted on July 1, 1983 the original English version of the Act included only "marital status" whereas the original French version included only "*situation de famille*". The amendment appears to have been introduced to resolve a discrepancy between the two versions.

Relying on the Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs, Stone J.A. noted that, at the time of the amendment, the then Minister of Justice made it clear that the government decided not to include in the Act "sexual orientation" as a prohibited ground of discrimination. In the opinion of Stone J.A., the term "family status", as used in the CHRA, does not include discrimination based on sexual orientation.

Secondly, Stone J.A. expressed the view that they were not asked to decide whether the term "family status" includes or excludes common law relationships, only briefly noting that a common law relationship is one that exists between two persons of the opposite sex.

Finally, as to the *Charter* issue, Stone J.A. noted that none of the parties had sought to demonstrate that any provision of the CHRA was in conflict with the *Charter*. The argument advanced before the court was that the *Charter* mandated the expression "family status" to include same-sex

2. Le juge Stone (motifs concordants quant au résultat)

Le juge Stone est d'accord avec la conclusion du juge Marceau, ainsi qu'avec ses motifs, sous réserve des quelques divergences qui suivent.

Premièrement, selon le juge Stone, il est particulièrement important, lorsqu'il s'agit de se prononcer sur le bien-fondé de la décision du Tribunal, d'examiner l'objectif que visait le Parlement lorsqu'il a ajouté les expressions «*family status*» et «*état matrimonial*» comme motifs de distinction illicite. Il déclare, à la p. 40:

Avant l'adoption de cette modification le 1^{er} juillet 1983, la version anglaise originale de la Loi comprenait seulement l'expression «*marital status*», tandis que la version française originale ne comprenait que l'expression «*situation de famille*». Cette modification semble avoir eu pour objet de niveler une différence entre les deux versions.

En s'appuyant sur les Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des affaires juridiques, le juge Stone note que, au moment de la modification, le ministre de la Justice de l'époque a précisé que le gouvernement avait décidé de ne pas inclure dans la Loi «*l'orientation sexuelle*» comme motif de distinction illicite. De l'avis du juge Stone, l'expression «*situation de famille*», telle qu'elle est utilisée dans la LCDP, ne comprend pas la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Deuxièmement, le juge Stone est d'avis qu'on ne leur demandait pas de déterminer si l'expression «*situation de famille*» inclut ou exclut les unions de fait et il souligne seulement qu'une union de fait désigne une relation qui existe entre deux personnes de sexe opposé.

Enfin, en ce qui concerne la question relative à la *Charte*, le juge Stone constate qu'aucune des parties n'a tenté de démontrer l'incompatibilité d'une ou l'autre des dispositions de la LCDP avec la *Charte*. On a plutôt fait valoir devant la cour que la *Charte* commandait que l'expression «*situation*

couples. Stone J.A.'s response to this argument was unequivocal (at p. 43):

While accepting that human rights legislation should be interpreted, as much as possible, in a manner consistent with the provisions of the Charter and its interpretation, I cannot accept that the Charter should operate so as to mandate the courts to ascribe to a statutory term a meaning which it was not intended to possess. If the statutory term, construed as I think it should be construed, is thought to conflict with the provisions of the Charter then the constitutional validity of that term must be put in issue for the Charter to play a role in resolving the dispute. Having already decided that the term "family status", as it is used in the Act, does not import sexual orientation as a prohibited ground of discrimination, I am unable to see how the Charter can alter the construction of that term.

IV — Issues

1. Did the Federal Court of Appeal err when it held that any error of law by a Canadian Human Rights Tribunal is reviewable on an application pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*?
2. Did the Federal Court of Appeal err when it held that the term "family status" in the *CHRA* did not include a homosexual relationship between two individuals?

V — Analysis

The first question put to the Court, that concerning the Federal Court of Appeal's jurisdiction to review any error of law by the Canadian Human Rights Tribunal, is in my opinion quite straightforward. The appeal before the Federal Court of Appeal was based on s. 28 of the *Federal Court Act*, which for convenience's sake I shall reproduce here:

28. (1) Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act, the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order

de famille» inclue les couples de même sexe. Le juge Stone répond à cet argument de façon non équivoque, à la p. 43:

Je reconnais que les lois sur les droits de la personne doivent être interprétées, dans toute la mesure possible, d'une manière qui soit conforme aux dispositions de la Charte et à l'interprétation qui lui est donnée, mais je ne puis admettre que la Charte oblige les tribunaux à attribuer à une expression employée dans une loi une signification qu'on n'avait pas l'intention de lui attribuer. Si cette expression, interprétée comme je pense qu'elle devrait l'être, est jugée incompatible avec les dispositions de la Charte, c'est alors la constitutionnalité de cette expression qui doit être contestée si l'on veut que la Charte puisse jouer un rôle dans le règlement du litige. Comme j'ai déjà conclu que l'expression «situation de famille», telle qu'elle est employée dans la Loi, ne comprend pas l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, je ne vois pas comment la Charte peut venir en modifier l'interprétation.

IV — Les questions en litige

1. La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a statué que toute erreur de droit commise par le Tribunal canadien des droits de la personne est susceptible de révision à la suite d'une demande fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*?
2. La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a statué que l'expression «situation de famille» figurant dans la *LCDP* ne comprend pas une relation homosexuelle entre deux personnes?

V — Analyse

La première question qui nous est posée, soit celle concernant la compétence de la Cour d'appel fédérale de réviser toute erreur de droit que le Tribunal canadien des droits de la personne puisse commettre est à mon avis fort simple. L'appel dont était saisie la Cour fédérale d'appel est fondé sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, que je reproduis ici pour plus de commodité:

28. (1) Malgré l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel est compétente pour les demandes de révision et d'annulation d'une décision ou ordonnance—exception faite de celles de nature admi-

of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal, on the ground that the board, commission or tribunal

(b) erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record;

On this point I agree with Marceau J.A. of the Federal Court of Appeal, and adopt his reasons in this regard (at pp. 31-32):

The standard for reviewing the Tribunal's interpretation, said counsel, should be that established by the Supreme Court in *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association et al.*, [1975] 1 S.C.R. 382; and *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union et al.*, [1984] 1 S.C.R. 269. I disagree. In both those cases referred to, and in the others where likewise the Supreme Court has limited the power of intervention of the reviewing courts to cases of patent unreasonableness, the tribunals were acting under the special protection of privative clauses. There is no such clause immunizing the decisions of a human rights tribunal. It may be difficult at times, in analyzing a decision, to extract the question of law from the facts of the case so as to verify the treatment given to it by the tribunal without interfering with factual findings not subject to review. But the facts in this case are clearly established and there is no danger of mixing them up with the purely legal question of interpretation involved. If the Tribunal was not correct in its answer to the question, however understandable may have been its error, the Court has the duty to intervene.

The question before the Court in this case is one of statutory interpretation: it is therefore a question of law. The appellant argued that, nevertheless, the Federal Court of Appeal should have exercised judicial restraint and upheld the Tribunal's decision. Absent a privative clause, the courts have shown curial deference *vis-à-vis* certain specialized tribunals when interpreting their own Act. The question is therefore whether a tribunal set up under the *CHRA* is such a body. On this point, this

nistrative résultant d'un processus n'ayant légalement aucun caractère judiciaire ou quasi judiciaire—rendue par un office fédéral ou à l'occasion de procédures en cours devant cet office au motif que celui-ci, selon le cas:

b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

Je suis d'accord sur ce point avec le juge Marceau de la Cour d'appel fédérale, et je fais miens ses motifs à cet égard (aux pp. 31 et 32):

Selon lui, le critère applicable pour la révision de l'interprétation du Tribunal devrait être celui qu'a énoncé la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association et autres*, [1975] 1 R.C.S. 382; et *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce et autre*, [1984] 1 R.C.S. 269. Je ne suis pas de cet avis. Dans ces deux arrêts, et dans d'autres cas où la Cour suprême a pareillement restreint l'exercice du pouvoir d'intervention des tribunaux de juridiction supérieure aux cas où la décision était manifestement déraisonnable, les tribunaux avaient agi sous la protection spéciale de clauses privatives. Il n'y a pas de clause semblable qui protège les décisions d'un tribunal des droits de la personne. Lorsqu'on analyse une décision, il est parfois difficile de discerner la question de droit parmi les faits en litige, afin de voir comment le tribunal l'a traitée, sans s'immiscer dans les conclusions de fait qui, elles, ne sont pas susceptibles d'être révisées. Mais les faits en l'espèce sont clairement établis, et il n'y a pas de risque de les confondre avec la question d'interprétation dont nous sommes saisis, qui relève strictement du droit. Si le Tribunal n'a pas correctement répondu à la question, quelque compréhensible qu'ait pu être son erreur, la Cour se doit d'intervenir.

Nous sommes saisis en l'espèce d'une question d'interprétation des lois; il s'agit donc d'une question de droit. L'appelante a soutenu que, néanmoins, la Cour d'appel fédérale aurait dû faire preuve de retenue judiciaire et maintenir la décision du Tribunal. En l'absence d'une clause privative, les cours de justice ont fait montre de retenue judiciaire à l'égard de certains tribunaux spécialisés lorsqu'ils interprètent leur propre loi. Il nous faut donc déterminer si un tribunal constitué en

Court, my colleague L'Heureux-Dubé J. dissenting, just a few months ago, in *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, at p. 338, found that such a board does not have the kind of expertise that should enjoy curial deference on matters other than findings of fact:

In spite of the ability to overturn decisions of the Board on findings of fact, this Court has indicated that some curial deference will apply even to cases without privative clauses to reflect the principle of the specialization of duties (see *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at p. 1746, *Etobicoke*, *supra*, at p. 211). While curial deference will apply to findings of fact, which the Board of Inquiry may have been in a better position to determine, such deference will not apply to findings of law in which the Board has no particular expertise.

It seems to me that this should have put the matter to rest. But if any additional reasons need be given for our having come to that conclusion, I would adopt in that regard the reasons of my colleague Justice La Forest in this case.

Having decided this question, I must now turn to the second one. It is important to remember that when this case was heard last June, the only question submitted to this Court was whether, by specifically denying homosexual couples access to certain benefits conferred on heterosexual couples, a union and the government had infringed the *CHRA*. There was no question of determining whether the government and the unions should or should not extend these types of benefits to homosexual couples, nor of deciding whether Parliament when enacting the *CHRA* should have prohibited discrimination on the basis of sexual orientation. Also of great importance to the dynamics of the analysis in this case is the fact that none of the provisions of the *CHRA* were challenged under the

vertu de la *LCDP* est un organisme de ce genre. Sur ce point, notre Cour, ma collègue le juge L'Heureux-Dubé étant dissidente, a conclu il y a quelques mois, dans l'arrêt *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, à la p. 338, qu'un tel organisme n'a pas le genre d'expertise qui appelle une retenue judiciaire sur des questions autres que des conclusions de fait:

Malgré la possibilité d'infirmer les décisions de la commission relativement aux conclusions de fait, notre Cour a indiqué qu'un certain degré de retenue judiciaire est requis même dans les cas où il n'existe pas de clause privative afin de tenir compte du principe de la spécialisation des fonctions (voir les arrêts *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, à la p. 1746, et *Etobicoke*, précité, à la p. 211). Bien que le principe de la retenue judiciaire s'applique aux conclusions de fait, que la commission pouvait être en meilleure position de trancher, il ne s'applique pas relativement aux conclusions de droit qui ne relèvent pas de son champ d'expertise particulier.

À mon avis, cela aurait dû régler la question. Toutefois, s'il faut donner d'autres raisons pour lesquelles nous en sommes arrivés à cette conclusion, j'adopterais à cet égard les motifs de mon collègue, le juge La Forest, en l'espèce.

Cette question étant réglée, il me faut maintenant passer à la seconde. À cet égard, je tiens à rappeler que, quand cette cause a été entendue en juin dernier, la seule question posée à notre Cour consistait à savoir si, en refusant spécifiquement aux couples homosexuels l'accès à certains avantages conférés aux couples hétérosexuels, un syndicat et le gouvernement avaient violé la *LCDP*. Il n'était aucunement question de déterminer si le gouvernement et les syndicats devraient ou non étendre ce type d'avantages aux couples homosexuels, non plus d'ailleurs que de décider si, en adoptant la *LCDP*, le législateur fédéral aurait dû interdire la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Fait également important pour la dynamique de l'analyse en l'espèce, aucune des dispositions de la *LCDP* n'a été contestée au regard de la *Charte*. La question que notre Cour avait à tran-

Charter. The question before this Court was thus strictly one of statutory interpretation.

Since then, as the result of two important decisions of Canadian courts, the situation in this country has evolved with respect to the questions at issue in this appeal. On July 9, 1992 this Court handed down its decision in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, confirming that, in a limited number of special circumstances, the courts may add to the text of legislative provisions so that they conform to the requirements of the Constitution. On August 6, 1992, the Ontario Court of Appeal, relying on the principles set forth in *Schachter*, added sexual orientation to the list of prohibited grounds of discrimination contained in s. 3 of the *CHRA*, as it was of the view that without this addition the provision was contrary to s. 15 of the *Charter*. The case in question was *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495. On November 9, 1992, the Minister of Justice, Kim Campbell, announced her intention not to appeal that decision.

As a result of these developments, the Court invited the parties to this appeal to submit new arguments. Relying on the reasons of the Ontario Court of Appeal in *Haig*, the appellant could then have challenged the constitutionality of s. 3 of the *CHRA* on the basis of the absence of sexual orientation from the list of prohibited grounds of discrimination. This would have enabled this Court to address the fundamental questions argued in the Ontario Court of Appeal in *Haig*. It would then have been possible to give a much more complete and lasting solution to the present problem.

The appellant chose not to take this approach, however, and insisted that this Court dispose of its action solely on the basis of the meaning of "family status". In these circumstances, as the Court did not have the benefit of any argument that would have enabled it to give an informed ruling on the questions decided by the Ontario Court of Appeal in *Haig*, and since on the present record it cannot do so, I can do no more than to dispose of this

cher était donc strictement une question d'interprétation des lois.

Depuis ce temps, la conjoncture au Canada a évolué en ce qui a trait aux questions qui font l'objet du présent pourvoi, par l'effet de deux décisions importantes des tribunaux du pays. Le 9 juillet 1992, notre Cour rendait, dans l'affaire *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, une décision confirmant la possibilité pour les tribunaux, dans un nombre limité de circonstances spéciales, d'ajouter au texte de dispositions législatives afin de les rendre conformes aux exigences de la Constitution. Le 6 août 1992, la Cour d'appel de l'Ontario, se reposant sur les principes énoncés dans l'arrêt *Schachter*, ajoutait à la liste des motifs de distinction illicite énumérés à l'art. 3 de la *LCDP*, l'orientation sexuelle, estimant que, dépourvue de cette addition, cette disposition était contraire à l'art. 15 de la *Charte*. Il s'agit de l'affaire *Haig c. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495. Le 9 novembre 1992, le ministre de la Justice, M^{me} Kim Campbell, annonçait son intention de ne pas porter cette décision en appel.

En raison de ces développements, la Cour a invité les parties au présent pourvoi à soumettre de nouveaux arguments. L'appelante aurait alors très bien pu, en s'inspirant des motifs de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Haig*, contester la constitutionnalité de l'art. 3 de la *LCDP* en raison de l'absence, à la liste des motifs de distinction illicite, de l'orientation sexuelle. Cela aurait permis à notre Cour de se pencher à son tour sur les questions fondamentales débattues devant la Cour d'appel de l'Ontario dans le contexte de l'arrêt *Haig*. Il aurait été possible, ce faisant, d'apporter au présent problème une solution beaucoup plus complète et durable.

L'appelante a toutefois choisi de ne pas emprunter cette voie et insiste pour que notre Cour dispose de son recours sur le seul fondement du sens de «situation de famille». Dans ce contexte, notre Cour n'ayant pas bénéficié d'un débat qui lui permettrait de se prononcer de façon éclairée sur les questions tranchées par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Haig*, et le dossier dans son état actuel ne lui permettant pas de le faire, j'en suis

appeal on the basis of the law as it stood at the time of the events in question. Accordingly, the issue to be determined, on the facts of this case, is whether there was discrimination on the basis of Mr. Mossop's "family status" under the *CHRA* as it stood at the time the events occurred.

When Mr. Mossop was denied bereavement leave in June 1985, the *CHRA* did not prohibit discrimination on the basis of sexual orientation. In my opinion, this fact is a highly relevant part of the context in which the phrase "family status" in the Act must be interpreted. It is interesting to note in this regard that there was a recommendation by the Canadian Human Rights Commission that sexual orientation be made a prohibited ground of discrimination. Nevertheless, at the time of the 1983 amendments to the *CHRA*, no action was taken to implement this recommendation.

It is thus clear that when Parliament added the phrase "family status" to the English version of the *CHRA* in 1983, it refused at the same time to prohibit discrimination on the basis of sexual orientation in that Act. In my opinion, this fact is determinative. I find it hard to see how Parliament can be deemed to have intended to cover the situation now before the Court in the *CHRA* when we know that it specifically excluded sexual orientation from the list of prohibited grounds of discrimination contained in the Act. In the case at bar, Mr. Mossop's sexual orientation is so closely connected with the grounds which led to the refusal of the benefit that this denial could not be condemned as discrimination on the basis of "family status" without indirectly introducing into the *CHRA* the prohibition which Parliament specifically decided not to include in the Act, namely the prohibition of discrimination on the basis of sexual orientation.

While, with respect, I am not in agreement with all of Marceau J.A.'s judgment, I believe that he correctly identified the relationship which exists

réduit à disposer du présent pourvoi en fonction du droit tel qu'il existait au moment des événements. Il s'agit donc de déterminer, en fonction des faits de l'espèce, s'il y a eu discrimination sur le fondement de la «situation de famille» à l'endroit de M. Mossop, aux termes de la *LCDP* telle qu'elle existait au moment des événements.

Or, au mois de juin 1985, date à laquelle le congé pour cause de deuil fut refusé à M. Mossop, la *LCDP* n'interdisait pas la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. À mon avis, il s'agit là d'un élément de contexte hautement pertinent dans l'interprétation de l'expression «situation de famille» dans le cadre de cette loi. Il est intéressant de noter à cet égard que la Commission canadienne des droits de la personne avait recommandé que l'orientation sexuelle soit reconnue comme motif de distinction illicite. Le législateur n'a toutefois pas donné suite à cette recommandation au moment où la *LCDP* a été modifiée en 1983.

Il est donc évident que le législateur, qui ajoutait, en 1983, l'expression «*family status*» au texte anglais de la *LCDP*, refusait au même moment d'interdire, par le biais de cette loi, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. À mon avis, ce facteur est déterminant en l'espèce. En effet, je vois difficilement comment l'on peut imputer au législateur, dont on sait qu'il a spécifiquement exclu l'orientation sexuelle de la liste des motifs de distinction illicite énumérés à la *LCDP*, l'intention que soit visée par cette même loi la situation qui nous occupe ici. En l'espèce, l'orientation sexuelle de M. Mossop est liée de façon si intime aux motifs qui ont conduit au refus de l'avantage, que l'on ne saurait condamner ce refus comme constituant une discrimination fondée sur la «situation de famille» sans introduire indirectement dans la *LCDP*, l'interdiction que le législateur a spécifiquement décidé de ne pas inclure à cette loi, à savoir l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Bien que, avec égards, je ne partage pas entièrement l'opinion du juge Marceau de la Cour d'appel fédérale, je crois qu'il a bien cerné l'interrela-

between sexual orientation and the discrimination at issue in this case (at p. 37):

... should it be admitted that a homosexual couple constitutes a family in the same manner as a husband and wife, it then becomes apparent that the disadvantage that may result to it by a refusal to treat it as a heterosexual couple is inextricably related to the sexual orientation of its members. It is sexual orientation which has led the complainant to enter with Popert into a "familial relationship" (to use the expression of the expert sociologist) and sexual orientation, therefore, which has precluded the recognition of his family status with regard to his lover and that man's father. So in final analysis, sexual orientation is really the ground of discrimination involved.

While it may be argued that the discrimination here applies to homosexual couples through their familial relationship or in their "family status" and does not apply to the sexual orientation of Mr. Mossop as an individual as such, I am not persuaded by this distinction. I cannot conclude that by omitting sexual orientation from the list of prohibited grounds of discrimination contained in the *CHRA*, Parliament intended to exclude from the scope of that Act only discrimination on the basis of the sexual orientation of individuals. If such an interpretation were to be given to the *CHRA*, the result would be somewhat surprising: while homosexuals who are not couples would receive no protection under the Act, those who are would be protected.

Whatever may be my personal views in that regard, I find that Parliament's clear intent throughout the *CHRA*, before and at the time of the amendment of 1983, was to not extend to anyone protection from discrimination based on sexual orientation.

Absent a *Charter* challenge of its constitutionality, when Parliamentary intent is clear, courts and administrative tribunals are not empowered to do anything else but to apply the law. If there is some ambiguity as to its meaning or scope, then the courts should, using the usual rules of interpretation, seek out the purpose of the legislation and if more than one reasonable interpretation consistent

tion qui existe entre l'orientation sexuelle et la distinction en cause dans la présente affaire, à la p. 37:

a ... si l'on devait admettre qu'un couple homosexuel constitue une famille au même titre que des époux, il devient alors évident que le désavantage pouvant découler du refus de traiter ce couple comme un couple hétérosexuel est inextricablement lié à l'orientation sexuelle des deux partenaires. C'est l'orientation sexuelle qui a amené le plaignant à entretenir une «relation familiale» (pour employer l'expression de l'experte en sociologie) avec M. Popert; c'est donc l'orientation sexuelle qui l'a empêché de faire reconnaître sa situation de famille par rapport à son amant et au père de celui-ci. En dernière analyse, c'est l'orientation sexuelle qui est le véritable motif de distinction illicite en l'espèce.

d On peut certes faire valoir que la discrimination vise ici les couples homosexuels à travers leurs liens familiaux ou dans leur «situation de famille» et ne vise pas l'orientation sexuelle comme telle de M. Mossop en tant qu'individu. Cette distinction ne me convainc pas et je ne puis conclure qu'en omettant l'orientation sexuelle dans la liste des motifs de distinction illicite énumérés à la *LCDP*, le législateur avait l'intention d'exclure du champ d'application de cette loi seule la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle des individus. Si l'on devait donner cette interprétation à la *LCDP*, le résultat serait plutôt surprenant: les homosexuels qui ne vivent pas en couples ne seraient pas protégés par la Loi, mais ceux vivant en couple le seraient.

g Quelles que soient mes opinions personnelles à cet égard, j'estime que l'intention évidente du législateur a toujours été, avant comme au moment de la modification de 1983 à la *LCDP*, de ne pas accorder à qui que ce soit de protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

i Si sa constitutionnalité n'est pas contestée en vertu de la *Charte*, lorsque l'intention du législateur est évidente, les cours de justice et les tribunaux administratifs n'ont d'autres pouvoirs que d'appliquer la loi. Si la signification ou la portée du texte de loi est ambiguë, les cours de justice devraient alors, au moyen des règles d'interprétation habituelles, tenter de cerner l'objet de la loi et,

with that purpose is available, that which is more in conformity with the *Charter* should prevail.

But, I repeat, absent a *Charter* challenge, the *Charter* cannot be used as an interpretative tool to defeat the purpose of the legislation or to give the legislation an effect Parliament clearly intended it not to have.

Of course, if the effect of the legislation is in violation of the *Charter*, and a challenge of the constitutionality of the law is made before the courts, then the courts are commanded under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* to declare the section inoperative or to amend it when permissible along the lines set out in *Schachter* as did the Ontario Court of Appeal in *Haig*.

Before concluding, I should add that this does not mean that the hypothesis of overlapping grounds of discrimination should be ruled out in other contexts. Indeed, in this case, if Parliament had decided to include sexual orientation in the list of prohibited grounds of discrimination, my interpretation of the phrase "family status" might have been entirely different and I might perhaps then have concluded that Mr. Mossop's situation included both his sexual orientation and his "family status". For the reasons I have given, however, and in particular as there is no challenge under the *Charter*, I am unable to come to such a conclusion in the case at bar.

Nor should this decision be interpreted as meaning that homosexual couples cannot constitute a "family" for the purposes of legislation other than the *CHRA*. In this regard, each statute must be interpreted in its own context.

VI — Conclusion

For these reasons, I would dismiss the appeal.

s'il existe plus d'une interprétation qui soit compatible avec cet objet, il faut opter pour celle qui est la plus conforme à la *Charte*.

Je tiens toutefois à répéter que, s'il n'y a pas de contestation fondée sur la *Charte*, celle-ci ne peut être utilisée pour interpréter une loi de façon à contrarier son objet ou à lui donner un effet que le législateur ne souhaitait pas de toute évidence.

Il va sans dire que, si l'effet de la loi va à l'encontre de la *Charte*, et si sa constitutionnalité est contestée devant les tribunaux, alors, ceux-ci doivent, en conformité avec l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, déclarer l'article inopérant ou le modifier lorsqu'il est possible de le faire selon les modalités établies dans l'arrêt *Schachter*, précité, comme l'a fait la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Haig*, précité.

Avant de conclure, je voudrais ajouter que cela ne signifie pas que l'on doit écarter, dans d'autres contextes, l'hypothèse d'un chevauchement entre les différents motifs de discrimination. De fait, dans le cas qui nous occupe, si le législateur avait décidé d'inclure l'orientation sexuelle à la liste des motifs prohibés de discrimination, mon interprétation de l'expression «situation de famille» aurait pu être fort différente et j'aurais peut-être alors conclu que la situation de M. Mossop mettait en jeu à la fois son orientation sexuelle et sa «situation de famille». Pour les motifs que j'ai exposés, et en particulier en l'absence d'une contestation en vertu de la *Charte*, il m'est toutefois impossible d'en arriver à une pareille conclusion en l'espèce.

Cette décision ne doit pas non plus être interprétée comme signifiant que les couples homosexuels ne peuvent pas constituer une «famille» dans le contexte de lois autres que la *LCDP*. Chaque loi doit, à cet égard, être interprétée selon son propre contexte.

VI — Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The reasons of La Forest and Iacobucci JJ. were delivered by

LA FOREST J.—I have read the reasons of the Chief Justice and Justice L'Heureux-Dubé. I share the general approach of the Chief Justice and would dispose of the case in the manner he proposes. I think it advisable, however, to deal more directly with some of the issues raised by my colleague, L'Heureux-Dubé J. I shall, therefore, briefly set forth the main considerations that have led me to the conclusion I have reached.

Two issues were raised before us:

1. What is the standard of review of decisions of a human rights tribunal in the interpretation of its enabling legislation?
2. Did the Federal Court err in holding that the term "family status" did not include a homosexual relationship between two individuals?

1. The Standard of Review

I agree with the Chief Justice that the general question raised is one of statutory interpretation, and as such is a question of law over which the Federal Court of Appeal has jurisdiction. My colleague L'Heureux-Dubé J., however, maintains that we should defer to the views of a human rights tribunal not only on questions of fact, but also on questions of law. For this she relies on decisions on judicial review of administrative tribunals in specialized fields, and particularly labour law. With respect I cannot agree. First it must be recognized that these specialized tribunals frequently have strong privative clauses in their constituent legislation showing a legislative intention to limit judicial review. No such privative clause appears in the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (formerly S.C. 1976-77, c. 33 as amended) (the "Act"). The normal approach to interpreting a tribunal's enabling statute should be that the courts retain their general supervisory jurisdiction. In the

Version française des motifs des juges La Forest et Iacobucci rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai lu les motifs du Juge en chef et ceux du juge L'Heureux-Dubé. Je sous-cris dans l'ensemble à l'analyse du Juge en chef et je suis d'avis de trancher le pourvoi de la manière qu'il propose. Toutefois, j'estime souhaitable d'examiner d'une façon plus directe certaines des questions soulevées par ma collègue, le juge L'Heureux-Dubé. J'exposerai donc brièvement les principales considérations à la base de ma conclusion.

Deux questions ont été soulevées devant notre Cour:

1. Quelle est la norme de contrôle applicable aux décisions d'un tribunal des droits de la personne prises dans le cadre de son interprétation de sa loi constitutive?
2. La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a statué que l'expression «situation de famille» ne comprend pas une relation homosexuelle entre deux personnes?

1. La norme de contrôle

À l'instar du Juge en chef, je crois que la question générale qui nous est posée touche l'interprétation des lois, et qu'il s'agit donc d'une question de droit sur laquelle la Cour d'appel fédérale a compétence. Toutefois, ma collègue, le juge l'Heureux-Dubé, soutient que nous devons faire preuve de retenue judiciaire à l'égard des opinions que formule un tribunal des droits de la personne non seulement sur des questions de fait, mais aussi sur des questions de droit. Dans son raisonnement, elle s'appuie sur des décisions relatives au contrôle judiciaire des tribunaux administratifs dans des domaines spécialisés, plus particulièrement en droit du travail. Avec égards, je ne suis pas d'accord. Il faut tout d'abord reconnaître que les lois constitutives de ces tribunaux spécialisés renferment souvent des clauses privatives non équivoques qui indiquent l'intention du législateur de limiter le contrôle judiciaire. La *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch.

case of human rights tribunals, that supervision is by the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. The enabling statute of an administrative tribunal empowers that body to do the things that are set forth in the statute. That is why a privative clause, which specifically addresses the position of the administrative tribunal *vis-à-vis* the courts, is of importance in determining a legislative intent to limit the judicial supervision of the tribunal. In the absence of other provisions indicating a disposition to limit judicial review, the normal supervisory role of the courts remains. The administrative tribunal, of course, is authorized to make determinations on these questions, but they are not to be insulated from the general supervisory role of the courts.

The courts have also been willing to show deference to administrative tribunals for reasons of relative expertise. This is in addition to the normal deference of reviewing courts in respect of questions of fact. But the position of a human rights tribunal is not analogous to a labour board (and similar highly specialized bodies) to which, even absent a privative clause, the courts will give a considerable measure of deference on questions of law falling within the area of expertise of these bodies because of the role and functions accorded to them by their constituent Act in the operation of the legislation. The Human Rights Commission undoubtedly serves many useful functions that help to educate, inform, and advise the government, the public and the courts on matters of human rights (s. 27). It also provides a procedure for initiating, investigating, and seeking voluntary settlement of human rights complaints. But it must be noted that in none of these roles is the work of the Commission binding on all parties. That power resides only with the tribunal in its adjudicative role under Part III of the Act. And the tribunal is not, simply by these other functions of the Com-

H-6 (auparavant S.C. 1976-77, ch. 33, modifiée) (la «Loi») n'a pas de telle clause privative. Normalement les cours de justice maintiennent leur pouvoir général de surveillance dans l'interprétation de la loi constitutive d'un tribunal administratif. Dans le cas des tribunaux des droits de la personne, cette surveillance appartient à la Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7. La loi constitutive d'un tribunal administratif habilite celui-ci à faire les choses qu'elle prévoit. Une clause privative, qui porte explicitement sur la position du tribunal administratif par rapport à la cour de justice, est donc importante en ce qu'elle permet d'établir que le législateur avait l'intention de limiter la surveillance du tribunal par une cour de justice. En l'absence d'autres dispositions indiquant une intention de limiter le contrôle judiciaire, les cours de justice conservent leur pouvoir habituel de surveillance. Le tribunal administratif est certes habilité à prendre des décisions sur ces questions, mais ces décisions ne sont pas à l'abri de la surveillance générale des cours de justice.

En plus de la retenue habituelle dont elles font preuve à l'égard des questions de fait, les cours de justice sont également disposées à user de retenue si le tribunal administratif a une expertise relative. Toutefois, la position d'un tribunal des droits de la personne n'est pas analogue à celle d'un conseil des relations du travail (ou d'un organisme similaire hautement spécialisé) à l'endroit duquel, même en l'absence d'une clause privative, les cours de justice feront preuve d'une grande retenue relativement à des questions de droit relevant de l'expertise de ces organismes en raison du rôle et des fonctions qui leur sont conférés par leur loi constitutive. La Commission canadienne des droits de la personne remplit certainement de nombreuses fonctions utiles qui visent à sensibiliser, à informer et à conseiller le gouvernement, le public et les cours de justice dans le domaine des droits de la personne (art. 27). La Commission a également une procédure de dépôt, d'enquête et de règlement volontaire des plaintes en matière de droits de la personne. Toutefois, je tiens à préciser que la Commission, dans l'exécution de ces rôles, ne rend pas de décisions qui ont force obligatoire. Ce pouvoir

mission, entitled to be free of normal review in its adjudicative function. The tribunals themselves are *ad hoc* bodies established to settle a particular dispute. In this respect their positions are similar to that of a labour arbitrator. But a human rights tribunal does not appear to me to call for the same level of deference as a labour arbitrator. A labour arbitrator operates, under legislation, in a narrowly restricted field, and is selected by the parties to arbitrate a difference between them under a collective agreement the parties have voluntarily entered. As well, the arbitrator's jurisdiction under the statute extends to the determination of whether a matter is arbitrable. This is entirely different from the situation of a human rights tribunal, whose decision is imposed on the parties and has direct influence on society at large in relation to basic social values. The superior expertise of a human rights tribunal relates to fact-finding and adjudication in a human rights context. It does not extend to general questions of law such as the one at issue in this case. These are ultimately matters within the province of the judiciary, and involve concepts of statutory interpretation and general legal reasoning which the courts must be supposed competent to perform. The courts cannot abdicate this duty to the tribunal. They must, therefore, review the tribunal's decisions on questions of this kind on the basis of correctness, not on a standard of reasonability.

2. Family Status

I turn, then, to the meaning to be attributed to the words "family status" under the ordinary rules of statutory interpretation. In determining the intent of Parliament, one must, of course, give to the words used in a statute their usual and ordinary sense having regard to their context and to the purpose of the statute. Here I shall focus particularly on the word "family" because the word "status"

appartient seulement au tribunal des droits de la personne dans son rôle décisionnel en vertu de la partie III de la Loi. D'ailleurs, le tribunal n'est pas, simplement en raison de ces autres fonctions de la Commission, à l'abri du contrôle habituel lorsqu'il rend des décisions. Ces tribunaux sont des organismes constitués au besoin pour régler un différend particulier. À ce point de vue, leur situation est semblable à celle d'un arbitre en relations du travail. Toutefois, un tribunal des droits de la personne ne me paraît pas commander le même niveau de retenue qu'un arbitre. En effet, ce dernier œuvre, en vertu d'une loi, dans un domaine fort restreint, et il est choisi par les parties pour arbitrer un différend entre elles en vertu d'une convention collective qu'elles ont volontairement signée. En outre, la compétence d'un conseil d'arbitrage en vertu de la loi s'étend à la question de savoir si une question est arbitrable. Ce qui est tout à fait différent de la situation d'un tribunal des droits de la personne, dont la décision est imposée aux parties et qui a une incidence directe sur l'ensemble de la société relativement à ses valeurs fondamentales. L'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne porte sur l'appréciation des faits et sur les décisions dans un contexte de droits de la personne. Cette expertise ne s'étend pas aux questions générales de droit comme celle qui est soulevée en l'espèce. Ces questions relèvent de la compétence des cours de justice et font appel à des concepts d'interprétation des lois et à un raisonnement juridique général, qui sont censés relever de la compétence des cours de justice. Ces dernières ne peuvent renoncer à ce rôle en faveur du tribunal administratif. Elles doivent donc examiner les décisions du tribunal sur des questions de ce genre du point de vue de leur justesse et non en fonction de leur caractère raisonnable.

2. La situation de famille

J'examinerai maintenant le sens qu'il faut donner à l'expression «situation de famille» en vertu des règles ordinaires d'interprétation des lois. Pour déterminer l'intention du législateur, il faut bien entendu donner aux termes utilisés dans une loi leur sens ordinaire et habituel, compte tenu de leur contexte et de l'objet de la loi. En l'espèce, je m'en tiendrai tout particulièrement au terme «famille»

must inevitably attach to it. No one denies (and my colleague L'Heureux-Dubé J. concedes this) that the dominant conception of family is the traditional family. That, to use the term L'Heureux-Dubé J. uses, is the "unexamined consensus". That does not, of course, exhaust the meaning of the term, and we all know that in ordinary parlance it also comprises several derivative meanings that have a real connection with the dominant concept. I recognize, however, that particularly in recent years the word is loosely used to cover other relationships. The appellant here argues that "family status" should cover a relationship dependent on a same-sex living arrangement. While some may refer to such a relationship as a "family", I do not think it has yet reached that status in the ordinary use of language. Still less was it the case when the statute was enacted. In human terms, it is certainly arguable that bereavement leave should be granted to homosexual couples in a long-term relationship in the same way as it applies to heterosexual couples, but that is an issue for Parliament to address. It is not argued here that anything in the context supports the contention that this was the legislative purpose. The appellant's argument ultimately rests on the proposition that human rights statutes should be interpreted "purposefully" so as to favour all disadvantaged groups. I agree that the statute should be interpreted generously with a view to effect its purpose. But this brings us back to the question whether the addition of the words "family status" had as one of its legislative purposes the protection of persons living in the position of the appellant. As noted neither the language relied on nor the other grounds of discrimination listed support this. Nor is there any evidence in the surrounding context that this was the mischief Parliament intended to address, which could afford some credence to the argument that Parliament was using the words "family status" other than in their ordinary sense. As the Chief Justice observes, when one looks at extraneous evidence, there is nothing to show that Parliament intended to cover the situation of a same-sex couple. Indeed, so far as it goes—and I do not attach any significance to it except in the negative way I have just mention-

parce que le terme «situation» s'y rattache nécessairement. Personne ne conteste (et ma collègue le juge L'Heureux-Dubé le reconnaît) que la famille traditionnelle constitue la principale conception de la famille. Cela représente, pour reprendre les propos du juge L'Heureux-Dubé, le «consensus non vérifié». Il va sans dire que cela ne permet pas de vider la question du sens du terme; d'ailleurs, nous savons tous que, dans le langage courant, ce terme comporte aussi plusieurs sens dérivés qui ont un lien réel avec le concept dominant. Toutefois, je reconnais que ce terme a été utilisé, surtout au cours des dernières années, pour décrire d'autres relations. En l'espèce, l'appelante soutient que l'expression «situation de famille» devrait comprendre une relation entre des personnes de même sexe qui décident de vivre ensemble. Certains peuvent certes qualifier une telle relation de «famille», mais je ne crois pas qu'elle soit ainsi perçue de nos jours dans le langage ordinaire. C'était encore moins le cas quand la loi a été adoptée. Sur le plan humain, on peut certainement soutenir que les couples homosexuels, dans une relation à long terme, devraient bénéficier du congé de deuil offert aux couples hétérosexuels; toutefois, il s'agit là d'une question qu'il appartient au législateur de trancher. On n'allègue pas ici qu'un élément quelconque du contexte appuie la prétention que c'était là l'objectif du législateur. L'argument de l'appelante repose sur la thèse selon laquelle les lois sur les droits de la personne devraient être interprétées en fonction de leur «objet» de façon à favoriser tous les groupes défavorisés. Je reconnais qu'une loi doit recevoir une interprétation large qui tend à la réalisation de son objet. Toutefois, ceci nous ramène à la question de savoir si l'ajout de l'expression «*family status*» visait à protéger des personnes dans la situation de l'appelante. Comme je l'ai déjà signalé, ni le langage sur lequel on s'appuie ni les autres motifs de distinction énumérés ne viennent étayer cette position. Le contexte entourant l'adoption n'apporte non plus aucune preuve que c'était là le tort que le législateur voulait corriger, preuve qui aurait pu permettre d'ajouter foi à l'argument selon lequel le législateur utilisait les mots «situation de famille» autrement que dans leur sens ordinaire. Comme le fait remarquer le Juge en chef, si l'on examine la preuve extrin-

ed—this evidence would tend to support the opposite conclusion.

In sum, neither ordinary meaning, context, or purpose indicates a legislative intention to include same-sex couples within “family status”. I underline that the present case is not an action under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* where the Court may review the actions of Parliament or the government, and I would refrain from saying anything about the issues such an action might raise. Nor do I think it appropriate, in the absence of argument, to consider the application of the Act to arrangements other than the one before us.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have had the opportunity of reading the reasons of Chief Justice Lamer and Justice La Forest, and with respect, I cannot agree with them nor with their disposition of this appeal. As the Chief Justice notes, this appeal concerns the interpretation of the term “family status”, one of the enumerated grounds of discrimination in s. 3 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (formerly S.C. 1976-77, c. 33 as amended) (the “Act”). The Court is asked to determine whether a Canadian Human Rights Tribunal (the “Tribunal”) committed a reviewable error in interpreting the term “family status” so as to include a relationship between a couple of the same sex, in the context of the denial of a bereavement leave benefit provided for in a collective agreement. Although the Chief Justice has set out the facts and the judgments below, in view of my differing reasons, I would like to allude briefly to both.

sèque, rien ne montre que le législateur avait l'intention d'englober les couples de même sexe. En fait, la seule preuve qui existe—et je n'y accorde aucune importance autrement que de la façon négative que je viens de mentionner—tendrait à appuyer la conclusion contraire.

Bref, ni le sens ordinaire, ni le contexte, ni l'objet n'indiquent que le législateur avait l'intention d'inclure les couples de même sexe dans l'expression «situation de famille». Je souligne qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une action fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans le cadre de laquelle la Cour peut examiner les actes du législateur ou du gouvernement, et je m'abstiendrai de dire quoi que ce soit sur les questions qu'une telle action pourrait soulever. Je ne crois pas non plus qu'il convienne, en l'absence d'arguments sur ce point, d'examiner l'application de la Loi à des ententes autres que celle qui nous est soumise.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai eu l'occasion de lire l'opinion du juge en chef Lamer et celle du juge La Forest, mais, avec déférence, je ne suis pas d'accord avec leurs motifs ni avec la façon dont ils disposent de l'appel. Comme le note le Juge en chef, le présent pourvoi porte sur l'interprétation de l'expression «situation de famille», l'un des motifs de «distinction illicite» mentionnés à l'art. 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (auparavant S.C. 1976-77, ch. 33, modifiée) (la «Loi»). La Cour est appelée à déterminer si le Tribunal canadien des droits de la personne (le «Tribunal») a commis une erreur susceptible de révision dans l'interprétation de l'expression «situation de famille» de façon à inclure un couple de même sexe, dans le contexte d'un refus d'accorder le congé de deuil prévu dans une convention collective. Bien que le Juge en chef relate les faits et les décisions des tribunaux inférieurs, compte tenu de ma dissidence, j'en ferai une brève revue.

Facts

The complainant Mr. Mossop and his male companion Mr. Popert first met in 1974 and lived together from 1976 on in a jointly owned and maintained home. The two men shared day-to-day activities, maintained a sexual relationship, and were known to their friends and families as a homosexual couple.

On June 3, 1985, Mr. Mossop attended the funeral of Mr. Popert's father. At the time of the complaint, Mr. Mossop was employed by the Department of the Secretary of State. His terms of employment were governed by a collective agreement between the Treasury Board and the Canadian Union of Professional and Technical Employees ("CUPTE"). Article 19.02 of this agreement provided for bereavement leave of up to four days upon the death of a member of an employee's immediate family. The day after the funeral of his companion's father, Mr. Mossop applied for bereavement leave. His application was turned down on the basis that the definition of immediate family in the collective agreement did not include the father of a same-sex companion. With the approval and support of CUPTE, Mr. Mossop filed a grievance against his employer. When the grievance was rejected on the basis that the denial of benefits complied with the terms of the collective agreement, Mr. Mossop lodged complaints with the Canadian Human Rights Commission against his employer (to which was later added the Treasury Board) and his union. The Tribunal, appointed pursuant to s. 49 (formerly s. 39) of the Act, concluded that the Treasury Board and CUPTE had committed a discriminatory practice under s. 10(b) of the Act, which prohibits employers or unions from entering into agreements which restrict employment opportunities on a discriminatory basis: (1989), 10 C.H.R.R. D/6064.

By originating notice, the Attorney General of Canada made an application to the Federal Court of Appeal pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, to review and set aside the decision of the Canadian Human Rights Tribu-

Les faits

Le plaignant, M. Mossop, et son compagnon, M. Popert, se sont rencontrés en 1974 et habitent ensemble depuis 1976 dans une maison qu'ils possèdent et entretiennent en commun. Les deux hommes partagent les activités quotidiennes, entretiennent une liaison et sont considérés par leurs amis et leurs familles comme un couple homosexuel.

Le 3 juin 1985, M. Mossop a assisté aux funérailles du père de M. Popert. À l'époque de la plainte, M. Mossop était employé du Secrétariat d'État. Ses conditions d'emploi étaient régies par une convention collective entre le Conseil du Trésor et le Syndicat canadien des employés professionnels et techniques (le «SCEPT»). L'article 19.02 de la cette convention prévoyait un congé de deuil jusqu'à concurrence de quatre jours en cas de décès d'un membre de la proche famille de l'employé. Le lendemain des funérailles du père de son compagnon, M. Mossop a demandé le congé de deuil y prévu. Sa demande a été rejetée au motif que la définition de «proche famille» dans la convention collective ne comprenait pas le père d'un compagnon de même sexe. Avec l'approbation et l'appui du SCEPT, M. Mossop a déposé un grief contre son employeur. Après le rejet du grief au motif que le refus d'accorder le congé demandé était conforme à la convention collective, M. Mossop a déposé des plaintes auprès de la Commission canadienne des droits de la personne contre son employeur (auquel est venu s'ajouter le Conseil du Trésor) et son syndicat. Le Tribunal, nommé conformément à l'art. 49 (auparavant l'art. 39) de la Loi, a conclu que le Conseil du Trésor et le SCEPT avaient commis un acte discriminatoire aux termes de l'al. 10(b) de la Loi, qui interdit à un employeur ou à une organisation syndicale de conclure des ententes qui restreignent les avantages d'un emploi d'une façon discriminatoire: (1989), 10 C.H.R.R. D/6064.

Le procureur général du Canada, par requête introductive d'instance, a présenté à la Cour d'appel fédérale une demande fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, en vue de la révision et de l'annulation de la déci-

nal. The Federal Court of Appeal allowed the application and the decision of the Tribunal was set aside: [1991] 1 F.C. 18, 71 D.L.R. (4th) 661, 32 C.C.E.L. 276, 114 N.R. 241, 90 C.L.L.C. ¶ 17,021, 12 C.H.R.R. D/355.

Relevant Legislation

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6

2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted.

3. (1) For all purposes of this Act, race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted are prohibited grounds of discrimination.

10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or organization of employers

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination. [Emphasis added.]

The Collective Agreement

2.01 For the purpose of this Agreement,

sion du Tribunal canadien des droits de la personne. La Cour d'appel fédérale a accueilli la demande et annulé la décision du Tribunal: [1991] 1 C.F. 18, 71 D.L.R. (4th) 661, 32 C.C.E.L. 276, 114 N.R. 241, 90 C.L.L.C. ¶ 17,021, 12 C.H.R.R. D/355.

Les dispositions législatives pertinentes

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant: le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

10. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait, pour l'employeur, l'association patronale ou l'organisation syndicale:

b) de conclure des ententes touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel. [Je souligne.]

La convention collective

2.01 Aux fins de l'application de la présente convention,

- (s) a "common-law spouse" relationship is said to exist when, for a continuous period of at least one year, an employee has lived with a person of the opposite sex, publicly represented that person to be his/her spouse, and lives and intends to continue to live with that person as if that person were his/her spouse. ^a
- s) on dit qu'il existe des liens de «conjoint de droit commun» lorsque, pendant une période continue d'au moins une année, un employé a cohabité avec une personne du sexe opposé, l'a présentée publiquement comme son conjoint, et vit et a l'intention de continuer à vivre avec cette personne comme si elle était son conjoint.

19.02 For the purpose of this clause, immediate family is defined as father, mother, brother, sister, spouse (including common-law spouse resident with the employee), child (including child of common-law spouse), or ward of the employee, father-in-law, mother-in-law, and in addition a relative who permanently resides in the employee's household or with whom the employee permanently resides. ^b

19.02 Aux fins de l'application de la présente clause, la proche famille comprend le père, la mère, le frère, la sœur, le conjoint (y compris le conjoint de droit commun demeurant avec l'employé), l'enfant propre de l'employé (y compris l'enfant du conjoint de droit commun) ou l'enfant en tutelle de l'employé, le beau-père, la belle-mère et tout parent demeurant en permanence au foyer de l'employé ou avec qui l'employé demeure en permanence. ^c

- (a) Where a member of his immediate family dies, an employee shall be granted bereavement leave for a period of up to four (4) consecutive days and not extending beyond the day following the funeral. During such period he shall be granted special leave with pay for those days which would have been regularly scheduled working days. In addition, he may be granted up to three (3) days' special leave with pay for the purpose of travel to and from the place of the funeral. [Emphasis added.] ^d
- a) Lorsqu'un membre de sa proche famille décède, l'employé a droit à un congé de deuil d'une durée maximum de quatre (4) jours civils consécutifs qui ne peut s'étendre au-delà du lendemain des obsèques. Au cours d'une telle période, il bénéficie d'un congé spécial payé qui s'applique aux jours qui pour lui sont normalement des jours ouvrables. En plus, il peut bénéficier d'un maximum de trois (3) jours de congé spécial payé pour voyager à destination ou en provenance du lieu des obsèques. [Je souligne.] ^e

Judgments

Canadian Human Rights Tribunal (1989), 10 C.H.R.R. D/6064

The Tribunal identified the fundamental question as being whether the denial of a bereavement leave was based on the prohibited ground of "family status". It noted that the interpretation of the term "family status" must be governed by the Act itself, and by the principles of interpretation of human rights codes established in the jurisprudence. The Tribunal found that the meaning of the term "family status" in s. 3 of the Act was ambiguous, and that certain interpretive aids were of little assistance. The Parliamentary record was inconclusive, there was no general understanding because of diverging societal views on homosexuality, and the "plain meaning rule" could not apply to a term which was as ambiguous as "family status". In the Tribunal's opinion, the term "family ^f

Les jugements

Tribunal canadien des droits de la personne (1989), 10 C.H.R.R. D/6064

Le Tribunal a identifié la question fondamentale en l'instance comme consistant à déterminer si le refus d'un congé de deuil était basé sur le motif de distinction illicite fondé sur la «situation de famille». Il a indiqué que l'interprétation de l'expression «situation de famille» doit reposer sur la Loi même, ainsi que sur les principes d'interprétation des codes des droits de la personne établis par la jurisprudence. Le Tribunal a conclu que l'expression «situation de famille» à l'art. 3 de la Loi est ambiguë et que certaines techniques d'interprétation sont peu utiles. De plus, le dossier parlementaire n'est pas concluant; on ne s'entend pas sur le sens de cette expression, compte tenu des points de vue divergeants dans la société sur la question de l'homosexualité, et la «règle du sens ordinaire» ne ^g

status” had to be assigned a meaning which was both reasonable and consonant with the context of the term, the intention of Parliament, and the object and scheme of the Act. Testing the terms against an understanding of how people were living and how language reflects reality, the Tribunal found that the Act was not meant to promote certain types of status over others, and that same-sex couples were not *prima facie* excluded from the scope of “family status”.

Noting that a collective agreement is the type of agreement subject to s. 10(b) of the Act, the Tribunal examined the provisions related to bereavement leave, and found that the benefit was available to an employee upon the death of members of the “immediate family”. As the definition of “immediate family” in arts. 19.02 and 2.01(s) of the collective agreement included certain legal and factual relationships while excluding others, the Tribunal concluded that the agreement treated some families differently than others, that the collective agreement deprived Mr. Mossop of the employment opportunity of bereavement leave on a prohibited ground of discrimination, “family status”, and that Treasury Board and CUPTE, in entering into the agreement, had committed a discriminatory practice under s. 10(b) of the Act.

The Tribunal ordered that a day of bereavement leave be designated, that the holiday leave credit which had been used to account for Mr. Mossop’s absence be restored, that Treasury Board and CUPTE each pay Mr. Mossop \$250 to compensate for injury to his feelings and self-respect, that Treasury Board and CUPTE cease to apply arts. 19.02 and 2.01(s) of the collective agreement in so far as they do not allow bereavement leave in situations where a person would meet the definition of “common law spouse” except for the sex of that person, and that the collective agreement be amended so that the definition of common-law

peut s’appliquer à une expression aussi ambiguë que «situation de famille». De l’avis du Tribunal, cette expression doit recevoir une interprétation à la fois raisonnable et compatible avec le contexte dans lequel elle est utilisée, l’intention du Parlement ainsi que l’objet et l’esprit de la Loi. Après avoir analysé l’expression au regard de la façon dont les gens vivent et de la réalité que reflète le langage, le Tribunal a conclu que la Loi ne visait pas à favoriser certains types de statuts plutôt que d’autres et que l’on ne pouvait à première vue exclure les couples de même sexe de la définition de «situation de famille».

Estimant qu’une convention collective est le type d’entente visée par l’al. 10b) de la Loi, le Tribunal a examiné les dispositions concernant le congé de deuil et conclu que cet avantage était offert à un employé au moment du décès des membres de sa «proche famille». Comme la définition de «proche famille» à l’art. 19.02 et à l’al. 2.01s) de la convention collective inclut certaines relations juridiques et factuelles et en exclut d’autres, le Tribunal a conclu que la convention collective accordait un traitement différent à certains types de situations de famille par rapport à d’autres, qu’elle privait M. Mossop d’un bénéfice d’emploi, soit un congé de deuil, pour le motif de distinction illicite fondé sur «la situation de famille», et que le Conseil du Trésor et le SCEPT, lors de la conclusion de la convention, ont commis un acte discriminatoire selon le par. 10b) de la Loi.

Le Tribunal a ordonné qu’une journée de congé de deuil soit désignée, que la journée de congé annuel utilisée pour justifier son absence soit créditée à M. Mossop, que le Conseil du Trésor et le SCEPT versent à M. Mossop la somme de 250 \$ chacun pour atteinte à ses sentiments et à son amour-propre, que le Conseil du Trésor et le SCEPT cessent d’appliquer l’art. 19.02 et l’al. 2.01s) de la convention collective en autant qu’ils ne prévoient pas de congé de deuil dans les cas où une personne répondrait à la définition de «conjoint de droit commun», sauf pour ce qui est du sexe de cette personne, et que la convention collective soit modifiée, de façon que la définition de «conjoint de droit commun» s’applique aux per-

spouse include persons of the same sex who would meet the definition in its other respects.

Federal Court of Appeal, [1991] 1 F.C. 18

Marceau J.A. stated that any error of law by a Canadian Human Rights Tribunal is reviewable on an application pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*. In his opinion, since there was no privative clause immunizing the decisions of the Human Rights Tribunal, the Court had a duty to intervene in the face of any error on a question of legal interpretation. He held that the Tribunal had committed such an error of law in interpreting the term "family status" in the Act as including a same-sex relationship.

While agreeing that human rights legislation has often been said to be quasi-constitutional, Marceau J.A. expressed the view that a "living-tree" approach should not be taken towards interpreting such legislation. He felt that, in so doing, a tribunal would step outside the bounds of its constitutional responsibilities and usurp the function of Parliament. He rejected the Tribunal's functional or sociological approach, finding that though there may be room for extension of the term, the core meaning of "family" is well understood. Marceau J.A. considered it noteworthy that the word "family" did not appear in isolation, but was coupled with the word "status". He opined that status is primarily a legal concept, and that only through a legal approach could one arrive at a proper understanding of the phrase "family status". He commented that, in his view, the purpose of the 1983 amendment of the Act was to have the English text express what the French text was already saying. Thus, though the French text of the Act refers to "*situation de famille*" rather than "*statut familial*", he concluded that the French term must be taken to express the narrower meaning rendered by the English text.

In any event, Marceau J.A. was of the opinion that it was sexual orientation and not "family status" which was the real ground of discrimination involved. At the time, sexual orientation was not a

sonnes de même sexe au regard des autres éléments de la définition.

Cour d'appel fédérale, [1991] 1 C.F. 18

Le juge Marceau précise que toute erreur de droit commise par un tribunal des droits de la personne peut être révisée dans le cadre d'une demande fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. À son avis, puisqu'il n'y a pas de clause privative qui protège les décisions d'un tribunal des droits de la personne, la cour se doit d'intervenir relativement à toute erreur sur une question d'interprétation qui relève strictement du droit. Il conclut que le Tribunal a commis une telle erreur de droit en interprétant l'expression «situation de famille» dans la Loi, comme comprenant les couples de même sexe.

Tout en étant d'accord que les lois sur les droits de la personne ont souvent été considérées comme étant de nature quasi constitutionnelle, le juge Marceau est d'avis que l'approche de «l'arbre vivant» ne devrait pas servir à interpréter ces lois. Il estime que, ce faisant, le tribunal outrepasserait le cadre de ses responsabilités constitutionnelles, usurpant ainsi la fonction du Parlement. Il rejette l'approche fonctionnelle ou sociologique adoptée par le Tribunal, concluant que, bien que la notion de «famille» puisse être étendue, le sens premier de ce mot est bien compris. Il juge, notamment, que le terme «famille» n'est pas employé seul dans la Loi, mais qu'il est associé au mot «situation», ou «*status*» dans le texte anglais. À ses yeux, «*status*» est d'abord et avant tout une notion juridique et seule une approche juridique peut mener à une compréhension correcte de ce que signifie l'expression «*family status*». Il est d'avis que la modification de la Loi en 1983 visait précisément à exprimer en anglais ce que le texte français disait déjà. En conséquence, bien que le texte français ne parle pas de «*statut familial*», mais de «situation de famille», il conclut que le texte français doit avoir le sens plus restreint du texte anglais.

À tout événement, le juge Marceau est d'avis que c'est l'orientation sexuelle, et non la «situation de famille», qui est ici le véritable motif de distinction illicite. À l'époque, l'orientation sexuelle ne

prohibited ground under s. 3 of the Act, and he remarked that the fact that sexual orientation is a prohibited ground of discrimination under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was not relevant to the issue of the proper characterization of the issue here. In his words, at p. 38:

... I do not see the Charter as capable of being used as a kind of *ipso facto* legislative amendment machine requiring its doctrine to be incorporated in the human rights legislation by stretching the meaning of terms beyond their boundaries.

Stone J.A. (Heald J.A. concurring) agreed with the result reached by Marceau J.A. He commented on three additional aspects of the appeal. First, in his view, the determination of Parliament's objective in adding "family status" as a prohibited ground of discrimination was essential to interpreting the term correctly. Since, prior to the adoption of an amendment on July 1, 1983, the original English text of the Act included only "marital status" whereas the original French text included only "*situation de famille*", Stone J.A. concluded that the amendment was introduced to resolve a discrepancy between the two texts, and that accordingly, the term "family status" did not expand the scope of the Act to provide protection against discrimination based on sexual orientation. Secondly, he noted that the question of whether the term "family status" includes or excludes common law relationships was not at issue. Finally, with respect to the *Charter* issue, Stone J.A. expressed the view that, while human rights legislation should be interpreted in a broad and purposive manner, he did not accept that the *Charter* mandates that the courts ascribe to a statutory term a meaning which it was not intended to possess. Having already decided that the term "family status" did not import sexual orientation as a prohibited ground of discrimination, he concluded that the *Charter* could not alter the construction of the term.

figurait pas parmi les motifs de distinction illicite énumérés à l'art. 3 de la Loi et le juge Marceau fait remarquer que le fait que l'orientation sexuelle soit une forme de discrimination prohibée par la *a* *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas pertinent en ce qui concerne la question de la qualification de la question en litige. Dans ses mots, à la p. 38:

b Je ne pense pas que la Charte soit susceptible d'être utilisée comme une sorte de mécanisme d'amendement législatif *ipso facto* exigeant l'incorporation des principes qui la sous-tendent dans les lois sur les droits de la personne en étirant le sens des mots au-delà de leurs limites.

Le juge Stone (avec l'appui du juge Heald) est d'accord avec la conclusion du juge Marceau. Il commente trois autres aspects de l'appel. Premièrement, à son avis, il est essentiel, lorsqu'il s'agit d'interpréter correctement l'expression en cause, d'examiner l'objectif que visait le Parlement lorsqu'il a ajouté les expressions «*family status*» et «*état matrimonial*» aux motifs de distinction illicite. Avant l'adoption de la modification du 1^{er} juillet 1983, le texte anglais original de la Loi comprenait seulement l'expression «*marital status*», tandis que le texte français ne comprenait que l'expression «*situation de famille*»; de l'avis du juge Stone, cette modification avait pour objet de résoudre une différence entre les deux textes et, en conséquence, l'expression «*family status*» n'a pas élargi la portée de la Loi de façon à offrir une protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Deuxièmement, il fait remarquer que le présent litige ne vise pas à déterminer si l'expression «*situation de famille*» inclut ou exclut les unions de fait. Enfin, en ce qui concerne l'argument fondé sur la *Charte*, selon le juge Stone, les lois sur les droits de la personne doivent recevoir une interprétation large et fondée sur l'objet, mais il n'admet pas que la *Charte* oblige les tribunaux à attribuer à une expression employée dans une loi une signification qu'on n'avait pas l'intention de lui attribuer. Comme il est d'avis que l'expression «*situation de famille*» ne comprend pas l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, il conclut que la *Charte* ne peut venir en modifier l'interprétation.

Issues

I would formulate the issues in this case differently than the majority in order to more accurately reflect my view of the case:

1. What is the standard of review of decisions of administrative tribunals on questions of law arising out of a tribunal's interpretation of its own enabling legislation?
2. Did the Tribunal's interpretation of the term "family status" in s. 3 of the Act meet the proper standard of review?
3. Did the Tribunal's conclusion that art. 19.02 of the collective agreement entered into between the Treasury Board and CUPE infringes s. 3 of the Act meet the proper standard of review?

Standard of Review

Courts and academic writers have invested, as Brian Langille puts it in "Judicial Review, Judicial Revisionism and Judicial Responsibility" (1986), 17 *R.G.D.* 169, at p. 183, "imperial of ink" in addressing the problem of the proper institutional relationship between courts and administrative bodies. Specifically, under what conditions should courts intervene and substitute their views for the views of administrative bodies which have been given legislative mandates to deal with particular subject matters? It is no simple task to develop an approach to this question given the complex inter-relationship of important and sometimes competing values and considerations.

On the one hand, there is the desire to respect legislative intention to create administrative bodies which can deal with issues in an economically efficient and expeditious fashion. There is a certain value in "finality", and the economic value in such systems may be reduced where appeals through the courts are readily available. Further, administrative

Les questions en litige

Je formulerais les questions en litige différemment de la majorité afin de mieux refléter ma compréhension du pourvoi:

1. Quelle est la norme de contrôle judiciaire applicable aux décisions d'un tribunal administratif sur des questions de droit découlant de son interprétation de sa propre loi constitutive?
2. L'interprétation donnée par le Tribunal à l'expression «situation de famille» à l'art. 3 de la Loi rencontre-t-elle la norme de contrôle applicable?
3. La conclusion du Tribunal que l'art. 19.02 de la convention collective entre le Conseil du Trésor et le SCEPT contrevient à l'art. 3 de la Loi rencontre-t-elle la norme de contrôle applicable?

La norme de contrôle

Les tribunaux et les commentateurs ont fait [TRADUCTION] «couler beaucoup d'encre» comme l'affirme Brian Langille dans son article «Judicial Review, Judicial Revisionism and Judicial Responsibility» (1986), 17 *R.G.D.* 169, à la p. 183, relativement à l'étude du problème du rapport institutionnel adéquat entre les cours de justice et les organismes administratifs. Plus particulièrement, à quelles conditions une cour de justice devrait-elle intervenir et substituer son opinion à celle d'un organisme administratif qui s'est vu conférer par la loi le mandat de se prononcer sur des questions particulières? Ce n'est pas une tâche facile que d'élaborer une démarche sur cette question, compte tenu de l'interrelation complexe de valeurs et de considérations importantes qui parfois même se chevauchent.

D'une part, doit être respectée l'intention du législateur de créer des organismes administratifs qui peuvent trancher des questions d'une façon économiquement efficace et expéditive. Le «caractère définitif» de la décision de l'organisme administratif est souhaitable, mais la valeur économique de ce type de système peut être diminuée par des appels trop faciles devant les cours de justice. De plus, un organisme administratif est susceptible

bodies may develop valuable expertise in dealing with particular issues.

On the other hand, there is great variety and diversity among administrative bodies, and not all administrative bodies are specialized or have equal expertise. Since some administrative bodies have a greater potential than others to impact on personal rights and freedoms, it may not be desirable to have one unilateral standard of deference. Further, there is a need to ensure that economic efficiency does not come at the expense of the vulnerable. Finality is a hollow victory where obtained in a manner not according with principles of fundamental justice. In order to maintain public confidence in administrative systems, there is also the need to guard against potential administrative abuse of authority.

Given this diversity and the factors listed above, it is no simple task to devise a model for negotiating the relationship between courts and administrative bodies. However, it has been mediated primarily through the device of judicial review. The central principle of judicial review can be articulated with relative simplicity. As McLachlin J. for the majority noted in *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, at p. 669, "Courts should exercise caution and deference in reviewing the decisions of specialized administrative tribunals".

The principle of deference is not automatic. It is well settled that, despite a generally deferential stance, courts will intervene in the face of a jurisdictional error, or a patently unreasonable error of fact or law (*Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 ("C.U.P.E."); *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412;

d'acquérir une expertise profitable lorsqu'il traite de questions particulières.

D'autre part, il existe une grande diversité d'organismes administratifs; ces organismes ne sont pas tous spécialisés et n'ont pas tous le même degré d'expertise. Comme certains organismes administratifs sont plus susceptibles que d'autres de rendre des décisions qui auront une incidence sur les droits et les libertés individuels, il n'est peut-être pas souhaitable d'avoir un seul critère de déférence. Par ailleurs, il est nécessaire de s'assurer que l'efficacité économique ne se réalise pas au détriment de personnes vulnérables. Le caractère définitif d'une décision n'est qu'une fausse victoire si les moyens utilisés ne respectent pas les principes de justice fondamentale. Afin de maintenir la confiance du public dans les organismes administratifs, il est nécessaire de se prémunir contre les abus de pouvoir possibles.

Compte tenu de cette diversité et des facteurs qui viennent d'être énumérés, il n'est pas facile d'élaborer un modèle qui permettra d'aménager la relation entre les cours de justice et les organismes administratifs. À cette fin, on s'est principalement servi du contrôle judiciaire. Le principe essentiel du contrôle judiciaire peut être formulé en termes relativement simples. Comme le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la majorité, l'a indiqué dans l'arrêt *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, à la p. 669: «Les cours de justice devraient faire preuve de circonspection et de retenue dans l'examen des décisions de tribunaux administratifs spécialisés».

Le principe de retenue judiciaire n'est pas automatique. Il est bien établi que, bien qu'elles fassent généralement preuve de retenue, les cours de justice réviseront la décision d'un tribunal administratif si celui-ci a commis une erreur de compétence ou une erreur de fait ou de droit manifestement déraisonnable (*Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 («S.C.F.P.»); *Banque nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*,

Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon v. CEGEP de Lévis-Lauzon, [1985] 1 S.C.R. 596; *TWU v. British Columbia Telephone Co.*, [1988] 2 S.C.R. 564 (affirming Lambert J.A. dissenting (1985), 65 B.C.L.R. 145 (C.A.)); *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614 (“P.S.A.C.”); *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740, supra*. Though the principle can be stated with relative ease, its application may often involve difficulties. Some reflections on the rationale for deference may provide some insight into the task of determining when deference is appropriate.

The deferential stance is rooted in part in a respect for governmental decisions to create administrative bodies with delegated powers. The constituting statute provides some indication of the scope of jurisdiction which has been conferred on the administrative body. Though it is difficult to make pronouncements about legislative intent, it can be presumed that the legislature intended that more deference would be shown to bodies with broad powers than to bodies with highly circumscribed powers. Where a broader jurisdiction is given, it may be appropriate to conclude that more rather than less deference should be given. Similarly, where a board is given a clearly specified and defined jurisdiction, even if over a narrow subject matter, great deference may be given to decisions that fall within that area. The purpose of the statute may also provide some evidence as to the appropriate measure of deference.

[1984] 1 R.C.S. 269; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon c. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 R.C.S. 596; *STT c. British Columbia Telephone Co.*, [1988] 2 R.C.S. 564 (confirmant le juge Lambert, dissident (1985), 65 B.C.L.R. 145 (C.A.)); *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614 («A.F.P.C.»); *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, précité). Bien que ce principe puisse être de formulation relativement facile, son application peut souvent présenter des difficultés. Il y a lieu de s'arrêter un moment à la raison d'être du principe de retenue judiciaire pour mieux en saisir l'essence et déterminer quand elle est appropriée.

Le principe de retenue judiciaire repose en partie sur le respect des décisions du gouvernement de constituer des organismes administratifs assortis de pouvoirs délégués. La loi constitutive de ces organismes indique dans une certaine mesure l'étendue de la compétence qui leur est conférée. Bien qu'il soit difficile de faire des affirmations quant à l'intention du législateur, on peut présumer qu'il a voulu que l'on fasse preuve d'une plus grande retenue à l'égard des organismes possédant de larges pouvoirs qu'à l'égard de ceux possédant des pouvoirs très circonscrits. Dans les cas où une plus grande compétence a été conférée à un organisme, on peut plus facilement conclure qu'il y a lieu de faire preuve d'une plus grande retenue à son endroit. De même, lorsqu'un organisme se voit attribuer une compétence clairement précisée et délimitée, même si c'est sur un sujet restreint, on peut faire preuve d'une grande retenue judiciaire à l'égard des décisions qui se situent dans ce domaine. L'objet de la loi constitutive peut également être indicatif de la mesure de retenue judiciaire appropriée.

As a related matter, deference has often been linked to the existence of a privative clause. These clauses, which expressly limit access to court review, may provide further express evidence of legislative intent that courts should assume a more deferential role. It should be noted that while the principle of deference has often been applied in the presence of a privative clause, such clauses are not determinative. This Court has on several occasions reiterated that the absence of a privative clause does not necessarily result in review of all questions of fact and law. Estey J. (dissenting in part) in *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245, at pp. 274-75, stated that, even in the absence of a privative clause, a board's decisions on issues of fact, procedure and evidence should be beyond judicial reach, and that even matters of law should not be subject to review unless those errors were such as to assume "jurisdictional proportions". In my view, the privative clause is an important consideration, but does not definitively answer the question of whether or not deference would be appropriate in a given situation.

The rationale for deference also rests in part on an acceptance of the specialized nature of certain boards. Wilson J., in her concurring opinion in *National Corn Growers, supra*, commented that the increasingly deferential stance of the Court was in part linked to the increasing appreciation of the expertise of certain bodies. As she notes at p. 1336:

Part of this process has involved a growing recognition on the part of courts that they may simply not be as well equipped as administrative tribunals or agencies to deal with issues which Parliament has chosen to regulate through bodies exercising delegated power, e.g., labour relations, telecommunications, financial markets and international economic relations. Careful management of these sectors often requires the use of experts who

On a aussi souvent lié la question de retenue judiciaire à l'existence d'une clause privative. Ces clauses, qui limitent explicitement le recours au contrôle judiciaire, peuvent fournir des indices précis additionnels quant à l'intention du législateur d'exiger une plus grande retenue de la part des cours de justice. Bien que le principe de retenue judiciaire ait souvent été appliqué en présence d'une clause privative, l'existence d'une telle clause n'est pas déterminante. Notre Cour a réitéré à plusieurs reprises que l'absence de clause privative ne donne pas nécessairement lieu à un contrôle judiciaire sur toutes les questions de fait et de droit. Le juge Estey (dissident en partie) dans l'arrêt *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245, aux pp. 274 à 276, affirme que, même en l'absence d'une clause privative, les décisions d'un organisme administratif sur des questions de fait, de procédure et de preuve devraient échapper au contrôle judiciaire, et que cela devrait être également vrai pour les questions de droit, sauf en cas d'erreurs «à incidences juridictionnelles». À mon avis, l'existence d'une clause privative est une considération importante, mais elle ne permet pas de trancher catégoriquement la question de retenue judiciaire dans une situation donnée.

La justification de la retenue judiciaire repose également en partie sur l'acceptation de la nature spécialisée de certains organismes administratifs. Le juge Wilson, dans ses motifs concordants dans l'arrêt *National Corn Growers*, précité, indique que la retenue de plus en plus grande dont la Cour fait preuve est en partie liée à la reconnaissance accrue qu'elle a de l'expertise de certains organismes administratifs. Elle affirme à la p. 1336:

C'est là un processus qui s'est traduit notamment par une reconnaissance accrue de la part des cours de justice qu'il se peut qu'elles soient simplement moins en mesure que les tribunaux ou organismes administratifs de statuer dans des domaines que le Parlement a choisi de réglementer par l'intermédiaire d'organismes exerçant un pouvoir délégué, comme, par exemple, les relations de travail, les télécommunications, les marchés financiers et les relations économiques internationales. Une gestion prudente de ces secteurs nécessite souvent le recours à des experts ayant à leur actif des années

have accumulated years of experience and a specialized understanding of the activities they supervise.

Courts have also come to accept that they may not be as well qualified as a given agency to provide interpretations of that agency's constitutive statute that make sense given the broad policy context within which that agency must work.

The Court has given recognition to the importance of expertise. In *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at p. 1746, Gonthier J. observed that, even where a court is granted statutory appellate jurisdiction over a board, "curial deference should be given to the opinion of the lower tribunal on issues which fall squarely within its area of expertise". In *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, in which I was dissenting, but not on this point, Sopinka J., for the majority, further added at p. 338 that "curial deference will apply even to cases without privative clauses to reflect the principle of the specialization of duties". (It should be noted here that the legislation at issue in *Zurich, supra*, not only included a clause providing for an appeal on any question of law or fact, but also expressly allowed for an appellate court to substitute its own findings for that of the Board.) (See also *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, at p. 1321.) A related consideration is the connection of the board to the context. That is, even a body made up of "non-specialists" may develop a certain "field-sensitivity" where that body is in a position of proximity to the community and its needs. Where the question is one that requires a familiarity with and understanding of the context, there is a stronger argument that a higher degree of deference may be appropriate.

d'expérience et une connaissance spécialisée des activités qu'ils sont chargés de surveiller.

Les cours de justice ont également fini par se faire à l'idée qu'elles ne sont peut-être pas aussi bien qualifiées qu'un organisme administratif déterminé pour donner à la loi constitutive de cet organisme des interprétations qui ont du sens compte tenu du contexte des politiques générales dans lequel doit fonctionner cet organisme.

Notre Cour a reconnu l'importance de l'expertise. Dans l'arrêt *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, à la p. 1746, le juge Gonthier fait remarquer que, même dans le contexte d'un appel prévu par la loi d'une décision d'un tribunal administratif, «les tribunaux devraient faire preuve de retenue envers l'opinion du tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent parfaitement de son champ d'expertise». Dans l'arrêt *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, où je suis dissidente, mais non sur ce point, le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité, ajoute à la p. 338 qu'«un certain degré de retenue judiciaire est requis même dans les cas où il n'existe pas de clause privative afin de tenir compte du principe de la spécialisation des fonctions». (Il y a lieu de signaler ici que la loi contestée dans l'arrêt *Zurich*, précité, comprenait non seulement une disposition prévoyant un appel sur toute question de droit ou de fait, mais permettait aussi expressément à une cour d'appel de substituer son opinion à celle de la Commission.) (Voir aussi l'arrêt *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, Section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, à la p. 1321.) Une considération qui s'y rattache est la façon dont l'organisme administratif se situe dans un contexte donné. Même un organisme composé de «profanes» peut développer une certaine «sensibilisation à un domaine» lorsque cet organisme est en mesure de coller à la collectivité et à ses besoins. Dans le cas où la question à trancher en est une qui nécessite une certaine familiarité avec le sujet et une compréhension du contexte, un plus haut degré de déférence peut être approprié et l'argument à cet effet aura sûrement plus de poids.

The rationale for deference is also influenced by the nature of the question or interest being considered. Some questions are appropriately left to boards, others should be determined by courts. Courts have recognized that statutory interpretation is not such a strict science, and that there are situations where it may be less appropriate to speak of "the correct answer", and more appropriate to speak about ranges of acceptable answers. Where the answer depends upon a policy choice, the question is simply who is best placed to make those choices. Where the administrative body has the jurisdiction to make policy choices, there are good reasons for the court to show a more deferential stance. However, there are questions where it would be clearly inappropriate to defer. Constitutional questions, for example, are not appropriate ones for showing deference. This is not to say that administrative boards are not competent to hear these concerns. This Court has clearly stated that administrative bodies can play a role in such determinations, and can be of great assistance in compiling the record. The standard of review on such questions, however, will be one of correctness. (See *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22.)

The rationale for deference may differ depending on whether the question is one of fact or of law. In general, deference is given on questions of fact because of the "signal advantage" enjoyed by the primary finder of fact. Less deference is warranted on questions of law, in part because the finder of fact may not have developed any particular familiarity with issues of law. While there is merit in the distinction between fact and law, the distinction is not always so clear. Specialized boards are often called upon to make difficult findings of both fact and law. In some circumstances, the two are inextricably linked. Further, the "correct" interpretation of a term may be dictated by the mandate of the board and by the coherent body

Le degré de retenue judiciaire est également fonction de la nature de la question ou de l'intérêt visé. Certaines questions devraient être laissées à l'appréciation de l'organisme administratif, d'autres à celle des cours de justice. Celles-ci ont reconnu que l'interprétation des lois n'est pas une science nécessairement stricte, et qu'il y a des cas où il est moins approprié de parler de «réponse juste», plutôt que d'une gamme de réponses acceptables. Si la réponse repose sur un choix de principe, la question est simplement de savoir qui est en meilleure position pour faire ce choix. Si l'organisme administratif a la compétence de faire des choix de principe, la cour de justice a alors de bonnes raisons de faire preuve d'une plus grande retenue. Toutefois, dans certains cas, il sera clairement inapproprié de faire preuve de déférence. Les questions constitutionnelles, par exemple, sont de celles-là. Cela n'implique pas que les organismes administratifs n'aient pas la compétence requise pour les entendre. Notre Cour a clairement précisé que les organismes administratifs peuvent jouer un rôle à ce niveau et qu'ils peuvent grandement contribuer à compiler le dossier. Toutefois, dans ces cas, la norme de contrôle sera fondée sur la «justesse» de la décision rendue. (Voir les arrêts *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22.)

La justification de la retenue judiciaire peut être différente selon qu'il s'agit d'une question de fait ou de droit. Les cours de justice font généralement preuve de retenue à l'égard des questions de fait en raison de «l'avantage capital» dont jouit le juge des faits. Toutefois, elles font preuve d'une moins grande retenue relativement à des questions de droit, notamment parce que le juge des faits n'a peut-être pas acquis une connaissance particulière des questions de droit. Bien qu'il existe une distinction entre les questions de fait et de droit, cette distinction n'est pas toujours évidente. Les organismes spécialisés sont souvent appelés à se prononcer sur des questions de fait et de droit difficiles. Il arrive que les deux soient inextricablement

of jurisprudence it has developed. In some cases, even where courts might not agree with a given interpretation, the integrity of certain administrative processes may demand that deference be shown to that interpretation of law.

As this discussion makes clear, there are a variety of reasons intermingled in the generally deferential stance. This intermingling makes it difficult to devise a strict set of rules or criteria applicable to all situations. Not all boards will be entitled to the same measure of deference, and even boards with a great deal of expertise may from time to time err in a manner that mandates intervention. In brief, deference will not always be appropriate, and courts should not blindly abandon their inherent supervisory role, which is one of their most important inherent powers. (*Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220). As I noted in *TWU v. British Columbia Telephone Co.*, *supra*, at p. 586 (dissenting in the result):

The two principles of non-intervention within jurisdiction, on the one hand, and judicial review of excess of jurisdiction, on the other, are principles of equal importance in the area of administrative law, and one cannot be allowed to override the other.

It is one thing for a court to defer to a specialized body acting within its jurisdiction, and quite another to refuse to properly exercise its supervisory power where appropriate. The difficulty is in determining whether deference is warranted in a specific case. The best approach to this quandary is one which recognizes the need for flexibility. In *Douglas Aircraft*, *supra*, at p. 278, Estey J. observed:

[Judicial review] is and must remain a remedy with adaptable flexibility. The administrative juridical mechanism itself is still growing and evolving. With it will

liées. En outre, l'interprétation «juste» d'un terme peut dépendre du mandat de l'organisme et de la jurisprudence homogène qu'il a élaborée. Dans certains cas, même si une cour de justice n'est pas d'accord avec une interprétation donnée, l'intégrité de certains mécanismes administratifs pourrait bien exiger qu'elle fasse preuve de retenue relativement à cette interprétation du droit.

Comme cette discussion l'indique clairement, le principe général de retenue judiciaire touche toute une gamme de questions interreliées. Il est en conséquence difficile de formuler un ensemble de règles ou de critères rigides applicables à toutes les situations. Les cours de justice ne feront pas preuve du même degré de retenue à l'endroit de tous les organismes administratifs; même les organismes fort spécialisés peuvent à l'occasion commettre une erreur qui justifiera une intervention judiciaire. Bref, la déférence ne sera pas toujours appropriée et les cours de justice ne devraient pas abandonner aveuglement le rôle de surveillance qui leur est propre et qui est parmi leurs pouvoirs les plus importants (*Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220). Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *STT c. British Columbia Telephone Co.*, précité, (où j'étais dissidente quant au résultat), à la p. 586:

Les deux principes de non-intervention lorsqu'il y a compétence, d'une part, et de contrôle judiciaire lorsqu'il y a excès de compétence, d'autre part, sont des principes d'égale importance en droit administratif et l'un ne saurait avoir préséance sur l'autre.

C'est une chose pour une cour de justice de faire preuve de retenue à l'endroit d'un organisme spécialisé agissant dans son domaine de compétence, c'en est une autre que de refuser d'exercer son pouvoir de surveillance lorsque cela s'impose. La difficulté consiste à déterminer s'il est justifié de faire preuve de retenue judiciaire dans un cas donné. La meilleure approche pour résoudre ce dilemme est de reconnaître qu'il est nécessaire de faire preuve de souplesse. Dans l'arrêt *Douglas Aircraft*, précité, à la p. 278, le juge Estey affirme:

... il s'agit [le contrôle judiciaire] d'un recours souple, et qui doit le rester. Le système juridique administratif lui-même continue à croître et à évoluer. L'interrelation

grow and evolve the concomitant interrelationship between the administrative tribunal and the superior court. . .

Such flexibility is found where review takes place in line with the “rational compass of the statute” (see P. Weiler, “The ‘Slippery Slope’ of Judicial Intervention: The Supreme Court and Canadian Labour Relations 1950-1970” (1971), 9 *Osgoode Hall L.J.* 1, at p. 33). This Court has favoured this approach which J. H. Grey has commented upon in “Sections 96 to 100: A Defense” (1985), 1 *Admin. L.J.* 3, at p. 11:

There is no single immutable standard of justice to be applied to all judicial decisions or fairness to be applied to administrative ones What *Crevier* does entrench is *some* degree of review. The courts will not interfere at the same moment on all issues or against all tribunals. However, they now clearly possess a constitutional right to step in when the bounds of tolerance are exceeded by any decision-maker. Clearly, the precise location of the bounds of tolerance is left to the court and that is quite consistent with the general trends in modern administrative law. [Emphasis in original.]

The task for courts is, in light of the value of deference, to determine the appropriate standard of review in a given context. The pragmatic and functional approach articulated by Beetz J. for the Court in *Bibeault*, *supra*, provides, in my opinion, the proper framework and the question to ask is the one he set out at p. 1087: “Did the legislator intend the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal?”

In that case, Beetz J. emphasized that the concept of jurisdiction is the foundation of judicial review, and that it cannot be emptied of its meaning or content. He clarified its meaning in the context of judicial review at p. 1090:

Jurisdiction *stricto sensu* is defined as the power to decide. The importance of a grant of jurisdiction relates not to the tribunal’s capacity or duty to decide a question but to the determining effect of its decision. As S.

entre les tribunaux administratifs et les cours supérieures croîtra et évoluera . . .

Cette souplesse existe si le contrôle est effectué d’une façon compatible avec la [TRADUCTION] «portée rationnelle de la loi» (voir P. Weiler, «The ‘Slippery Slope’ of Judicial Intervention: The Supreme Court and Canadian Labour Relations 1950-1970» (1971), 9 *Osgoode Hall L.J.* 1, à la p. 33). Notre Cour a favorisé cette démarche qui a fait l’objet des commentaires de J. H. Grey dans: «Sections 96 to 100: A Defense» (1985), 1 *Admin. L.J.* 3, à la p. 11:

[TRADUCTION] Il n’existe pas de critère de justice unique et immuable applicable à toutes les décisions judiciaires ou de critère d’équité applicable aux décisions administratives [. . .] L’arrêt *Crevier* consacre un *certain* degré de contrôle. Les cours de justice n’interviendront pas en même temps relativement à toutes les questions ou à l’encontre de tous les tribunaux administratifs. Toutefois, elles ont maintenant clairement un droit constitutionnel d’intervenir dans les cas où un décideur outre-passe le seuil de tolérance. De toute évidence, il appartient à une cour de justice de déterminer ce seuil de tolérance et cela est tout à fait conforme aux tendances générales du droit administratif moderne. [En italique dans l’original.]

La tâche des cours de justice, vu la valeur importante que représente la retenue judiciaire, est de déterminer la norme de contrôle qui convient dans un contexte donné. À mon avis, l’approche pragmatique et fonctionnelle préconisée par le juge Beetz de notre Cour dans l’arrêt *Bibeault*, précité, est la formule toute désignée et il y a lieu de se poser la question qu’il a formulée à la p. 1087: «Le législateur a-t-il voulu qu’une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal?»

Dans cet arrêt, le juge Beetz fait ressortir que le concept de compétence est le fondement du contrôle judiciaire, et que l’on ne peut le vider de son sens ou de son contenu. Il a précisé le sens de ce concept dans le contexte du contrôle judiciaire à la p. 1090:

La compétence, *stricto sensu*, se définit comme le pouvoir de décider une question. L’importance d’un octroi de compétence se rattache non pas à la faculté ou à l’obligation du tribunal de traiter d’une question, mais

A. de Smith points out, the tribunal's decision on a question within its jurisdiction is binding on the parties to the dispute. . . . The true problem of judicial review is to discover whether the legislator intended the tribunal's decision on these matters to be binding on the parties to the dispute, subject to the right of appeal if any.

If the question is one which was intended to be within a board's jurisdiction, the role of the courts is a superintending one, and intervention will be warranted only where the decision is patently unreasonable. This view, according to Beetz J. at p. 1090:

. . . puts renewed emphasis on the superintending and reforming function of the superior courts. When an administrative tribunal exceeds its jurisdiction, the illegality of its act is as serious as if it had acted in bad faith or ignored the rules of natural justice. The role of the superior courts in maintaining the rule of law is so important that it is given constitutional protection: *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220. Yet, the importance of judicial review implies that it should not be exercised unnecessarily, lest this extraordinary remedy lose its meaning. [Emphasis added.]

The concept of jurisdiction has been criticized by some as overly vague. As many writers have commented, concepts such as "jurisdiction" and "patently unreasonable" seem highly subjective, and do not appear to provide an objective set of criteria. (See P. L. Bryden, "Case Comment: *United Association of Journeymen and Apprentices of the Pipefitting Industry v. W.W. Lester (1978) Ltd.*" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 580; A. J. Roman, "The Pendulum Swings Back" (1991), 48 *Admin. L.R.* 274; J. M. Evans, "Jurisdictional Review in the Supreme Court: Realism, Romance and Recidivism" (1991), 48 *Admin. L.R.* 255; D. J. Mullan, "Of Chaff Midst the Corn: American Farm Bureau Federation v. Canada (Canadian Import Tribunal) and Patent Unreasonableness Review" (1991), 45 *Admin. L.R.* 264; D. Mullan, "The Re-Emergence of Jurisdictional Error" (1985), 14 *Admin. L.R.* 326.)

In *Bibeault*, *supra*, Beetz J was not unaware of these difficulties. He clearly recognized that, though the principle of jurisdiction is simple, its

au caractère déterminant de sa décision. Comme S. A. de Smith le souligne, la décision du tribunal sur une question qui relève de sa compétence lie les parties au litige. [. . .] Le véritable problème du contrôle judiciaire est de savoir si le législateur veut que la décision du tribunal sur ces questions lie les parties au litige, sous réserve du droit d'appel, s'il en est.

Si la question relève du champ de compétence du tribunal administratif, la cour de justice aura un rôle de surveillance seulement, et elle n'interviendra que dans le cas où la décision rendue est manifestement déraisonnable. Ce point de vue, selon le juge Beetz, à la p. 1090:

. . . met de nouveau l'accent sur le rôle de contrôle et de surveillance joué par les cours supérieures. Quand un tribunal administratif excède sa compétence, l'illégalité de son acte est aussi grave que s'il avait agi de mauvaise foi ou avait ignoré les règles de la justice naturelle. Le rôle des cours supérieures dans le maintien de la légalité est si important qu'il bénéficie d'une protection constitutionnelle: *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220. Par ailleurs, l'importance du contrôle judiciaire implique qu'on ne devrait pas y avoir recours sans nécessité, sinon ce recours extraordinaire perdrait tout son sens. [Je souligne.]

Certains ont critiqué le concept de compétence à cause de son caractère trop vague. Comme de nombreux auteurs l'ont souligné, les concepts de «compétence» et d'erreur «manifestement déraisonnable» semblent très subjectifs, et ne semblent pas offrir un test objectif. (Voir P. L. Bryden, «Case Comment: *United Association of Journeymen and Apprentices of the Pipefitting Industry v. W.W. Lester (1978) Ltd.*» (1992), 71 *R. du B. Can.* 580; A. J. Roman, «The Pendulum Swings Back» (1991), 48 *Admin. L.R.* 274; J. M. Evans, «Jurisdictional Review in the Supreme Court: Realism, Romance and Recidivism» (1991), 48 *Admin. L.R.* 255; D. J. Mullan, «Of Chaff Midst the Corn: American Farm Bureau Federation v. Canada (Canadian Import Tribunal) and Patent Unreasonableness Review» (1991), 45 *Admin. L.R.* 264; D. Mullan, «The Re-Emergence of Jurisdictional Error» (1985), 14 *Admin. L.R.* 326.)

Dans l'arrêt *Bibeault*, précité, le juge Beetz n'a pas nié ces difficultés. Il a clairement reconnu que, si le principe de compétence est simple, son appli-

application may nonetheless present difficulties. This is particularly so given the uncertainty inherent in language, and the related difficulty of relying on statutory texts to determine the bounds of a tribunal's jurisdiction. Application may become even more complex where the point in issue is whether or not the tribunal has the "jurisdiction" to determine the bounds of its own "jurisdiction". At p. 1087, Beetz J. remarked that there was unfortunately no simple test for making these determinations, "given the fluidity of the concept of jurisdiction and the many ways in which jurisdiction is conferred on administrative tribunals."

Because of the difficulties of application, it is important for courts to remain conscious of the rationale for deference. As former Chief Justice Laskin wrote in *Canada Labour Relations Board v. Halifax Longshoremen's Association*, [1983] 1 S.C.R. 245, at p. 256:

It is rarely a simple matter to draw a line between a lawful and unlawful exercise of power by a statutory tribunal, however ample its authority, when there are conflicting considerations addressed to the exercise of power. This Court has, over quite a number of years, thought it more consonant with the legislative objectives involved in a case such as this to be more rather than less deferential to the discharge of difficult tasks by statutory tribunals like the Board.

Courts also must not lose sight of Dickson J.'s warning in *C.U.P.E.*, *supra*, at p. 233:

The question of what is and is not jurisdictional is often very difficult to determine. The courts, in my view, should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so.

In short, the approach articulated by this Court requires a focus on jurisdiction, a focus which accounts for the general values of deference, and the ease with which questions can be improperly branded as jurisdictional. Though it was first used

application présente néanmoins des difficultés. Cela est particulièrement vrai compte tenu de l'incertitude inhérente au langage, et de la difficulté connexe de se fonder sur un texte de loi pour déterminer les limites de compétence d'un tribunal administratif. L'application risque de devenir encore plus complexe dans le cas où la question en litige consiste à déterminer si le tribunal administratif a la «compétence» de déterminer les limites de sa propre «compétence». À la p. 1087, le juge Beetz indique qu'il n'y a malheureusement pas de règle simple pour répondre à ces questions «étant donné la nature fluide du concept de compétence et les multiples façons dont la compétence est conférée aux tribunaux administratifs».

En raison de ces difficultés d'application, il est important que les cours de justice demeurent conscientes de la raison d'être de la retenue judiciaire. Comme l'a précisé l'ancien juge en chef Laskin dans l'arrêt *Conseil canadien des relations du travail c. Association des débardeurs d'Halifax*, [1983] 1 R.C.S. 245, à la p. 256:

Il est très souvent difficile de distinguer entre un exercice légitime et un exercice illégitime d'un pouvoir par un tribunal administratif, quelque étendue que soit sa compétence, lorsque l'exercice du pouvoir comporte des considérations contradictoires. Depuis plusieurs années, cette Cour estime qu'il est plus conforme aux objectifs du législateur dans un cas comme celui-ci d'avoir plutôt plus que moins d'égards pour les tribunaux administratifs qui s'acquittent de tâches difficiles, comme c'est le cas du Conseil.

Les cours de justice ne doivent pas non plus ignorer l'avertissement du juge Dickson dans l'arrêt *S.C.F.P.*, précité, à la p. 233:

Il est souvent très difficile de déterminer ce qui constitue une question de compétence. À mon avis, les tribunaux devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard.

Bref, l'approche préconisée par notre Cour exige de mettre l'accent sur la compétence, accent qui tient compte de la valeur que représente la retenue judiciaire ainsi que de la facilité avec laquelle une question peut être incorrectement qua-

in the context of a board protected by a privative clause, it is a principled approach of general application which does not focus on formal categories, but rather seeks to determine the rationale behind deference in a specific context. Using the pragmatic and functional approach, Beetz J. made it explicit in *Bibeault*, at p. 1088, that:

... the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal.

Implicitly here, one must ask: "Who should answer this question, the board or a court?" Without providing an exhaustive list, Beetz J. suggests that there are at least three general areas that can be considered: the statute or legislative text; the administrative body; and the nature of the problem involved. In the same vein, Dickson J. in *C.U.P.E.*, *supra*, at p. 236, suggested a similar group of characteristics that might lead a court to show more rather than less deference to an administrative tribunal's decisions. He considered such matters as: legislative intent to confide certain decisions to a board; broad supervisory and administrative powers given to a board; the need to balance several social goals; the sensitivity and expertise required by board members; and the existence of a privative clause. I note that the methodology suggested by both Beetz and Dickson J. is consistent with that proposed by H. W. MacLauchlan in "Judicial Review of Administrative Interpretations of Law: How Much Formalism Can We Reasonably Bear?" (1986), 36 *U.T.L.J.* 343. In this article MacLauchlan, though writing prior to *Bibeault*, *supra*, provides a helpful method of analysis which is consistent with the pragmatic and functional model articulated in that case.

lifiée de question de compétence. Bien qu'elle ait tout d'abord été utilisée dans le contexte d'un tribunal protégé par une clause privative, cette approche repose sur des principes d'application générale et ne met pas l'accent sur des catégories formelles, cherchant plutôt à reconnaître la raison d'être de la retenue judiciaire dans un contexte donné. Se fondant sur l'approche pragmatique et fonctionnelle, le juge Beetz mentionne expressément dans l'arrêt *Bibeault*, à la p. 1088 que:

... la Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres et la nature du problème soumis au tribunal.

Implicitement, il faut se demander: «Qui doit répondre à cette question, l'organisme administratif ou la cour de justice?» Sans en dresser une liste exhaustive, le juge Beetz précise qu'il faut examiner au moins trois aspects de nature générale: le texte législatif; l'organisme administratif; et la nature du problème soumis. Dans le même ordre d'idées, dans l'arrêt *S.C.F.P.*, précité, à la p. 236, le juge Dickson propose un groupe analogue de caractéristiques susceptibles d'inciter un tribunal à faire preuve d'une plus grande plutôt que d'une moindre retenue à l'égard des décisions d'un tribunal administratif. Il examine notamment l'intention du législateur de confier à un organisme administratif un pouvoir de décision, les larges pouvoirs de surveillance et d'administration confiés à un organisme administratif, la nécessité d'établir un équilibre entre différents objectifs sociaux, la sensibilisation des membres et leurs connaissances particulières, ainsi que l'existence d'une clause privative. Je note que la méthodologie proposée par les juges Beetz et Dickson est compatible avec celle proposée par H. W. MacLauchlan dans «Judicial Review of Administrative Interpretations of Law: How Much Formalism Can We Reasonably Bear?» (1986), 36 *U.T.L.J.* 343. Dans cet article publié avant l'arrêt *Bibeault*, précité, MacLauchlan suggère une méthode utile d'analyse compatible avec le modèle pragmatique et fonctionnel formulé dans cet arrêt.

First, then, is an examination of the statute. In so doing, there are many questions that can be considered. What is the purpose of the board? To what social needs is it responding? What is the scope of powers that have been granted to it? Are these powers defined in broad or narrow terms? Does it have policy-making powers? Is there language suggesting that more or less deference should be given? Is there a privative clause?

Second, it is valuable to focus clearly on the board whose decision is being impugned. Is it a specialized board? Does it have a developed body of jurisprudence that guides it and functions as precedent? How are its members selected, and how do they participate in decision-making? Is there a context in which the members work that provides them with field-sensitivity or other advantages?

Third, the nature of the problem under scrutiny is an important consideration. Does the matter squarely or by implication fall within the powers of the board? Does it require specialized knowledge to answer? Would it best be decided in a context-specific setting, or is it a question of general application? Does the problem seem to have only one "correct" answer, or are there a variety of possible and reasonable interpretations? Does the integrity of the administrative scheme require that the problem be answered by the board? Are there reasons to think that a court would be better suited to deal with the matter? Does it involve a question of constitutional interpretation that would be inappropriately left to be determined by a board?

If, after considering these factors (the list is not necessarily exhaustive), one concludes that courts should answer the question, then the question is one which does not lie within the jurisdiction of the board and the test of correctness should apply. If one concludes that the question should be answered by the board, then the question is one within the board's jurisdiction and courts should

Il faut donc en premier lieu examiner la loi et répondre à de nombreuses questions. Quel est l'objet de l'organisme administratif? À quels besoins sociaux répond-il? Quelle est l'étendue des pouvoirs qui lui ont été conférés? Ces pouvoirs sont-ils définis en termes généraux ou circonscrits? L'organisme a-t-il des pouvoirs d'élaboration de politiques? Le libellé de la loi indique-t-il le degré de retenue dont il faut faire preuve? Y a-t-il une clause privative?

Deuxièmement, il est utile de mettre clairement l'accent sur l'organisme dont la décision est attaquée. S'agit-il d'un organisme spécialisé? L'organisme a-t-il développé une jurisprudence qui lui sert de guide et de précédent? Comment se fait la sélection des membres et comment ceux-ci participent-ils à la prise de décisions? Le contexte dans lequel les membres travaillent leur offre-t-il une sensibilisation à un domaine ou d'autres avantages?

Troisièmement, la nature du problème soumis est également importante. La question relève-t-elle explicitement ou implicitement des pouvoirs de l'organisme? L'organisme a-t-il besoin de connaissances spécialisées pour répondre à la question qui lui a été soumise? La question porte-t-elle sur un contexte spécifique ou est-elle d'application générale? Le problème est-il susceptible d'une seule réponse «juste» ou existe-t-il une gamme d'interprétations possibles et raisonnables? L'intégrité du processus administratif exige-t-elle que le problème soit réglé par l'organisme administratif? Y a-t-il des raisons de croire qu'une cour de justice serait mieux placée pour répondre à la question? Le problème porte-t-il sur une question d'interprétation constitutionnelle qu'il ne conviendrait pas de laisser à l'appréciation d'un organisme administratif?

Après examen de ces facteurs (cette liste n'est pas nécessairement exhaustive), si l'on conclut qu'elle devrait être tranchée par une cour de justice, la question ne relève pas de la compétence de l'organisme administratif et c'est le critère de la justesse de la décision qui devrait s'appliquer. Au contraire, si l'on conclut qu'elle doit être tranchée par l'organisme administratif, la question relève de

only intervene if the decision is patently unreasonable. By remaining focused on who is best placed to make the decision being challenged (even where that decision is a determination about the extent of jurisdiction), the pragmatic and functional approach offers the best method of determining whether deference or intervention is appropriate and merited in the specific situation.

This pragmatic approach is not a new standard of review. Courts have a history of determining the appropriate standard of review in accordance with the "rational compass of the statute". In *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, the Court found review to be appropriate as the *Ontario Human Rights Code* contained a very broadly worded statutory right of appeal. This provision was similar to one contained in the *Individual's Rights Protection Act* considered in *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103. In that case, Cory J. for the majority found that review was appropriate, and affirmed at p. 1125 that "the standard of review of decisions made by administrative bodies will always be governed by their empowering legislation." In *Zurich, supra*, the majority found it significant that the legislation contained a wide-ranging appeal clause which allowed appeals to the courts on questions of law or fact, and authorized a court to substitute its opinion for that of the board. The Court observed (at p. 337) that "the legislature was not of the opinion that the conclusions of the Board of Inquiry should be given great deference as a result of accumulated expertise or specialized understanding." As is clear from these decisions, the standard of review will vary from body to body, based on the legislation establishing the board or tribunal, the expertise of that body, and the nature of the question.

Regarding s. 28 of the *Federal Court Act*, I would note that a distinction is to be made between

la compétence de cet organisme et une cour de justice ne devrait intervenir que dans le cas où la décision rendue est manifestement déraisonnable. Comme elle se concentre sur la question de savoir qui est le mieux placé pour se prononcer sur la décision contestée (même si la décision porte sur l'étendue de la compétence), l'approche pragmatique et fonctionnelle est la meilleure façon de déterminer s'il y a lieu de faire preuve de retenue ou d'intervenir dans une situation donnée.

Cette approche pragmatique n'est pas une nouvelle norme de contrôle. Les cours de justice ont depuis longtemps établi une norme de contrôle appropriée qui se conforme à la «portée rationnelle de la loi». Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, notre Cour a conclu qu'il y avait lieu à un contrôle judiciaire puisque le droit d'appel prévu dans l'*Ontario Human Rights Code* était formulé en termes très généraux. Cette disposition était semblable à celle de l'*Individual's Rights Protection Act* examinée dans l'arrêt *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103. Dans cet arrêt, le juge Cory, s'exprimant au nom de la majorité, a conclu qu'il convenait d'exercer un contrôle judiciaire et il a affirmé, à la p. 1125, que «la norme de contrôle des décisions prises par des organismes administratifs est toujours régie par leur loi habilitante». Dans l'arrêt *Zurich*, précité, notre Cour, à la majorité, a noté l'importance du fait que la loi en question prévoyait un appel général sur des questions de droit ou de fait et autorisait une cour de justice à substituer son opinion à celle de la commission. Notre Cour fait remarquer (à la p. 337) que «le législateur n'était pas d'avis qu'il fallait faire preuve d'une grande retenue à l'égard des conclusions de la commission d'enquête en raison de l'expertise accumulée par elle ou de ses connaissances spécialisées.» Il ressort clairement de ces décisions que la norme de contrôle varie d'un organisme à l'autre, selon la loi constitutive de l'organisme ou du tribunal administratif, son expertise et la nature de la question.

En ce qui concerne l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, j'estime qu'il existe une distinction

jurisdiction and discretion. Review is a discretionary remedy. Though courts have a discretionary power to review, this does not mean that it will always be appropriate to exercise that discretion. There is nothing in s. 28 that dictates review on every error of law. Given the rationale for deference, and the importance of the court's supervisory power, an error should be a serious one to merit a court's intervention. It may be useful to recall Dickson C.J.'s comments in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at p. 464, that a reviewing court, whether pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act* or to common law principles, must exercise its powers of review with caution and sensitivity:

A restrained approach to disturbing the decisions of specialized administrative tribunals, particularly in the context of labour relations, is essential if the courts are to respect the intentions and policies of Parliament and the provincial legislatures in establishing such tribunals ...

It is with this background in mind that, in order to determine the appropriate standard of deference in the present instance, one has to inquire into the most appropriate adjudicator of the term "family status" in s. 3 of the Act. This involves a consideration of the Act, the Commission itself, and the nature of the problem involved. I first turn to the Act. The Act establishes a Human Rights Commission which is given broad powers in a highly specialized and sensitive area. The powers, duties and functions of the Commission are set out in s. 27:

27. (1) In addition to its duties under Part III with respect to complaints regarding discriminatory practices, the Commission is generally responsible for the administration of this Part and Parts I and III and

(a) shall develop and conduct information programs to foster public understanding of this Act and of the role and activities of the Commission thereunder and to foster public recognition of the principle described in section 2;

entre la compétence et le pouvoir discrétionnaire. Le contrôle judiciaire est un remède discrétionnaire. Bien qu'une cour de justice ait un pouvoir discrétionnaire de contrôle d'une décision, cela ne veut pas dire pour autant qu'il soit toujours approprié de s'en prévaloir. L'article 28 n'a pas pour effet d'exiger un contrôle judiciaire relativement à toute erreur de droit. Vu la raison d'être de la retenue judiciaire et l'importance du pouvoir de surveillance des cours de justice, seule une erreur grave justifiera leur intervention. Il est utile de reprendre les commentaires du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, à la p. 464, qui a affirmé qu'un tribunal de contrôle, que ce soit en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* ou des principes de la common law, doit exercer ses pouvoirs avec précaution et doigté:

Il est essentiel que les tribunaux adoptent une attitude modérée à l'égard de la modification des décisions des tribunaux administratifs spécialisés, particulièrement dans le contexte des relations de travail, s'ils doivent respecter les intentions et les politiques du Parlement et des assemblées législatives des provinces qui les ont amenés à créer ces tribunaux ...

C'est sur cette toile de fond que l'on doit, pour déterminer le degré de retenue judiciaire approprié ici, examiner quel est le forum le plus approprié pour interpréter l'expression «situation de famille» mentionnée à l'art. 3 de la Loi. Cela nécessite un examen de la Loi, de la Commission, ainsi que de la nature du problème en cause. J'examinerai tout d'abord la Loi qui crée la Commission canadienne des droits de la personne et lui confère de vastes pouvoirs dans un domaine hautement spécialisé et particulièrement délicat. Les pouvoirs et les fonctions de la Commission sont énoncés à l'art. 27:

27. (1) Outre les fonctions prévues par la partie III au titre des plaintes fondées sur des actes discriminatoires et l'application générale de la présente partie et des parties I et III, la Commission:

a) élabore et exécute des programmes de sensibilisation publique touchant le principe énoncé à l'article 2, la présente loi et le rôle et les activités que celle-ci lui confère;

(b) shall undertake or sponsor research programs relating to its duties and functions under this Act and respecting the principle described in section 2;

(c) shall maintain close liaison with similar bodies or authorities in the provinces in order to foster common policies and practices and to avoid conflicts respecting the handling of complaints in cases of overlapping jurisdiction;

(d) shall perform duties and functions to be performed by it pursuant to any agreement entered into under subsection 28(2);

(e) may consider such recommendations, suggestions and requests concerning human rights and freedoms as it receives from any source and, where deemed by the Commission to be appropriate, include in a report referred to in section 61 reference to and comment on any such recommendation, suggestion or request;

(f) shall carry out or cause to be carried out such studies concerning human rights and freedoms as may be referred to it by the Minister of Justice and include in a report referred to in section 61 a report setting out the results of each such study together with such recommendations in relation thereto as it considers appropriate;

(g) may review any regulations, rules, orders, by-laws and other instruments made pursuant to an Act of Parliament and, where deemed by the Commission to be appropriate, include in a report referred to in section 61 reference to and comment on any provision thereof that in its opinion is inconsistent with the principle described in section 2; and

(h) shall, so far as is practical and consistent with the application of Part III, endeavour by persuasion, publicity or any other means that it considers appropriate to discourage and reduce discriminatory practices referred to in sections 5 to 14.

The Act, as may be seen, endows the Commission with a wide range of powers and duties. The Commission must: hear and determine complaints regarding discriminatory practices; develop and conduct information programs to foster public understanding of the Act; undertake research programs which relate to its duties and functions; maintain liaisons with other bodies to foster common policies and practices; carry out studies concerning human rights; review regulations and other instruments made pursuant to Acts of Parliament;

b) entreprend ou patronne des programmes de recherche dans les domaines qui ressortissent à ses objets aux termes de la présente loi ou au principe énoncé à l'article 2;

c) se tient en liaison étroite avec les organismes ou les autorités provinciales de même nature pour favoriser l'adoption de lignes de conduite communes et éviter les conflits dans l'instruction des plaintes en cas de chevauchement de compétence;

d) exécute les fonctions que lui attribuent les accords conclus conformément au paragraphe 28(2);

e) peut étudier les recommandations, propositions et requêtes qu'elle reçoit en matière de droits et libertés de la personne, ainsi que les mentionner et les commenter dans le rapport visé à l'article 61 dans les cas où elle le juge opportun;

f) fait ou fait faire les études sur les droits et libertés de la personne que lui demande le ministre de la Justice et inclut, dans chaque cas, ses conclusions et recommandations dans le rapport visé à l'article 61;

g) peut examiner les règlements, règles, décrets, arrêtés et autres textes établis en vertu d'une loi fédérale, ainsi que les mentionner et les commenter dans le rapport visé à l'article 61 dans les cas où elle les juge incompatibles avec le principe énoncé à l'article 2;

h) dans la mesure du possible et sans transgresser la partie III, tente, par tous les moyens qu'elle estime indiqués, d'empêcher la perpétration des actes discriminatoires visés aux articles 5 à 14.

Comme on peut le constater, la Loi confère à la Commission tout un éventail de pouvoirs et fonctions. Elle doit connaître des plaintes d'actes discriminatoires; élaborer et exécuter des programmes de sensibilisation publique touchant la Loi; entreprendre des programmes de recherche dans les domaines qui ressortissent à ses objets; se tenir en liaison avec les organismes de même nature pour favoriser l'adoption de lignes de conduite communes; faire des études sur les droits de la personne; examiner les règlements et autres textes éta-

and endeavour through persuasion, publicity and other means to discourage or reduce discriminatory practices. The breadth of these powers points in the direction of a more deferential approach.

The Act does not contain an express clause precluding judicial review, but does make provision for the internal review and rehearing of certain decisions. Sections 55 and 56 provide for an internal appeal process whereby, in specified situations, a matter may be reheard by a Review Tribunal. Beyond this, however, there is no express provision which would authorize a reviewing court to substitute its findings or opinions for those of the Tribunal, contrary to what was the case in the legislation examined in *Zurich, Dickason, and Etobicoke, supra* (in the context of similar provisions in Young Offenders legislation, see also *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446). While a privative clause would have provided further support for a deferential approach, there is nothing in the Act which suggests that deference is not warranted.

As for the Commission itself, Parliament unquestionably intended to create a highly specialized administrative body, one with sufficient expertise to review Acts of Parliament and, as specifically provided for in the Act, to offer advice and make recommendations to the Minister of Justice. In the exercise of its powers and functions, the Commission would inevitably accumulate expertise and specialized understanding of human rights issues, as well as a body of governing jurisprudence. The work of the Commission and its tribunals involves the consideration and balancing of a variety of social needs and goals, and requires sensitivity, understanding, and expertise.

As to the nature of the problem at issue, tribunals appointed under the Act have a mandate to determine whether or not a given practice or policy has discriminated against a complainant on the basis of one of the enumerated grounds set out in s. 3 of the Act. The enumerated grounds of dis-

blis en vertu d'une loi fédérale et tenter, par tous les moyens qu'elle estime indiqués, d'empêcher la perpétration d'actes discriminatoires. L'étendue même de ces pouvoirs est un indice qu'il y a lieu à une plus grande déférence.

La Loi ne renferme pas de disposition explicite excluant le contrôle judiciaire, mais prévoit la révision interne et la tenue d'une nouvelle audience relativement à certaines décisions. Les articles 55 et 56 prévoient un processus d'appel interne en vertu duquel, dans certaines situations, un tribunal d'appel tiendra une nouvelle audition. Outre ces dispositions, la Loi ne renferme aucune disposition explicite qui autoriserait une cour d'appel à substituer ses conclusions ou ses opinions à celles du Tribunal, contrairement à ce qui était le cas dans les arrêts *Zurich, Dickason et Etobicoke*, précités (dans le contexte de dispositions similaires touchant la *Loi sur les jeunes contrevenants*, voir aussi l'arrêt *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446). Quoique l'existence d'une clause privative aurait constitué un argument additionnel en faveur de la retenue judiciaire, rien, cependant, dans la Loi ne donne à entendre que la retenue judiciaire n'est pas justifiée.

En ce qui concerne la Commission, le législateur a de toute évidence eu l'intention de créer un organisme administratif hautement spécialisé, avec suffisamment d'expertise pour examiner les lois fédérales et, comme le prévoit explicitement la Loi, conseiller le ministre de la Justice et lui présenter des recommandations. Dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions, il était inévitable que la Commission acquière une expertise et une compréhension spéciale des questions relatives aux droits de la personne et se constitue une jurisprudence. Le travail de la Commission et de ses tribunaux nécessite qu'ils examinent et soupèsent une gamme de besoins et d'objectifs sociaux, ce qui exige à la fois sensibilisation, compréhension et expertise.

Quant à la nature du problème soulevé, les tribunaux nommés en vertu de la Loi ont le mandat de déterminer si une ligne de conduite donnée constitue de la discrimination à l'endroit d'un plaignant pour l'un des motifs énumérés à l'art. 3 de la Loi. Les motifs de distinction énumérés ne sont pas

crimination are not defined within the Act and, as is clear later in these reasons, it was the intention of the legislature that, in the event of any ambiguity, the Commission and its tribunals would have the task of determining the meaning and scope of these concepts. This is at the core of the Board's jurisdiction. Besides, the task of determining whether or not a complainant comes within the scope of one of these grounds is a question of fact to be determined by the tribunal. As Thurlow C.J. wrote in *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. v. Williams*, [1982] 1 F.C. 214, at p. 215, a Tribunal "has jurisdiction to determine whether what is alleged by the complainant is capable of being discrimination and, if so, whether discrimination has been established." Here, the Tribunal was required to determine whether Mr. Mossop had suffered discrimination on the basis of his "family status". This problem is one which the Board is eminently suited to decide and a question best decided in a context-specific setting.

When all these factors are considered, I would draw the following conclusions. First, the Tribunal has the jurisdiction to determine questions of fact. It hears witnesses and decides on credibility. As is the case for courts of appeal reviewing findings of fact of superior courts, courts should defer to these findings unless they are patently unreasonable. Such determinations lie at the heart of the tribunal's jurisdiction and expertise, and the enabling legislation does not contain any provision suggesting that the principle of great deference to findings of fact of a trial court should be altered. Second, the Tribunal has jurisdiction to interpret its Act and, consequently, the meaning of the term "family status" in s. 3 of the Act; courts should defer to the Tribunal's interpretation since the legislature specifically intended that the Commission and its tribunals carry out the task of interpreting the grounds of discrimination in the Act. While courts do have a role to play in this task, that role is a limited one, confined to overturning an interpretation which, using the test articulated by Dickson J. in *C.U.P.E., supra*, at p. 237, is "so patently unreasonable that its construction cannot be ration-

définis dans la Loi et, comme je l'indique clairement plus loin, le législateur avait l'intention de confier à la Commission et à ses tribunaux la tâche de déterminer la signification et la portée de ces concepts en cas d'ambiguïté. Cette fonction est au cœur de la compétence de la Commission. En outre, la tâche de décider si une plainte porte ou non sur l'un des motifs de distinction illicite est une question de fait que doit trancher le tribunal. Comme le juge en chef Thurlow le souligne dans l'arrêt *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. c. Williams*, [1982] 1 C.F. 214, à la p. 215, un tribunal «est habilité à se prononcer afin de déterminer si les agissements dont s'agit constituaient un acte discriminatoire et, dans l'affirmative, s'il y avait discrimination». En l'espèce, le Tribunal devait déterminer si M. Mossop a été victime de discrimination pour un motif fondé sur sa «situation de famille». L'organisme administratif est éminemment qualifié pour trancher cette question, à laquelle il est préférable de répondre dans un contexte précis.

À mon avis, il faut tirer les conclusions suivantes de l'examen de l'ensemble de ces facteurs. Premièrement, le Tribunal a la compétence voulue pour trancher des questions de fait. Il entend les témoins et se prononce sur leur crédibilité. À l'instar des cours d'appel appelées à réviser les conclusions de fait des cours supérieures, les cours de justice devraient faire preuve de retenue à l'égard de ces décisions, sauf si elles sont manifestement déraisonnables. Ces décisions touchent directement la compétence et l'expertise de ces tribunaux et leur loi habilitante ne renferme aucune disposition donnant à entendre qu'il y a lieu de modifier le principe de grande déférence à l'égard des conclusions de fait d'un tribunal de première instance. Deuxièmement, le Tribunal a la compétence voulue pour interpréter sa Loi constitutive, et, partant, l'expression «situation de famille» qui figure à l'art. 3 de la Loi; les cours de justice devraient faire preuve de retenue à l'égard de l'interprétation du Tribunal puisque le législateur avait spécifiquement l'intention de confier à la Commission et à ses tribunaux l'interprétation des motifs de distinction prévus dans la Loi. Les cours de justice ont un

ally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review”.

Turning to the specific issue before us, the Tribunal concluded that Mr. Mossop's relationship is one which could come within the scope of “family status”. The Tribunal came to this conclusion based on its interpretation of its own Act, its assessment of *viva voce* expert evidence, the evidence in the record, and its legislative mandate. The Tribunal has the jurisdiction and expertise necessary to interpret the grounds of discrimination set out in its own legislation, and accordingly, unless its interpretation of the scope of “family status” is patently unreasonable, deference should be shown and the Court should not interfere. The question of whether or not discrimination is in fact made out is also a matter lying at the heart of the Tribunal's jurisdiction. Again, unless the Tribunal has made a patently unreasonable finding in arriving at that conclusion, it is entitled to deference.

Applying what is, in my view, the proper standard of review and dealing first with the Tribunal's interpretation of “family status” in s. 3 of the Act, is this interpretation patently unreasonable?

“Family Status” in s. 3 of the Act

1. *Interpretation of Human Rights Legislation*

It is well established in the jurisprudence of this Court that human rights legislation has a unique quasi-constitutional nature, and that it is to be given a large, purposive and liberal interpretation. In this regard, see *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R.

rôle à jouer, mais il est limité, et elles devraient intervenir seulement si l'interprétation donnée est, selon le test formulé par le juge Dickson dans l'arrêt *S.C.F.P.*, précité, à la p. 237, «déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire».

Pour ce qui est de la question précise qui nous occupe, le Tribunal a conclu que la relation de M. Mossop pouvait être visée par l'expression «situation de famille». Pour en arriver à cette conclusion, le Tribunal s'est fondé sur son interprétation de sa loi constitutive, son examen des témoignages d'experts, la preuve déposée au dossier et le mandat que lui confère la Loi. Le Tribunal a la compétence et l'expertise nécessaires pour interpréter les motifs de distinction prévus dans sa loi constitutive; en conséquence, sauf si l'interprétation donnée à l'expression «situation de famille» est manifestement déraisonnable, la Cour doit faire preuve de retenue et ne pas modifier l'interprétation qui en est faite. La question de savoir si la discrimination a été démontrée relève également de la compétence du tribunal. Encore une fois, on doit faire preuve de retenue sur ce point, sauf si la conclusion est manifestement déraisonnable.

Si l'on applique la norme de contrôle qui, à mon avis, est appropriée, l'interprétation donnée par le Tribunal à l'expression «situation de famille» est-elle manifestement déraisonnable?

«Situation de famille»: art. 3 de la Loi

1. *Interprétation des lois sur les droits de la personne*

Il est bien établi dans la jurisprudence de notre Cour que les lois sur les droits de la personne ont une nature quasi constitutionnelle unique et qu'elles doivent être interprétées d'une façon large, libérale et en fonction de leur objet. À cet égard, voir les arrêts *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Compagnie des che-*

1114 (“*Action Travail des Femmes*”); *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Zurich, supra* (for a general review, see Alan L. W. D’Silva, “Giving Effect to Human Rights Legislation—A Purposive Approach” (1991), 3 *Windsor Rev. L. & S. Issues* 45). This long line of cases mandates that courts interpret human rights legislation in a manner consistent with its overarching goals, recognizing as did my colleague Sopinka J. for the majority in *Zurich, supra*, at p. 339, that such legislation is often “the final refuge of the disadvantaged and the disenfranchised”. In interpreting a statute, *Charter* values must not be ignored. As McIntyre J. observed in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 602, referring to *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728:

Blainey then affords an illustration of the manner in which *Charter* rights of private individuals may be enforced and protected by the courts, that is, by measuring legislation—government action—against the *Charter*.

In *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 558, for the majority, I stressed that “the values embodied in the *Charter* must be given preference over an interpretation which would run contrary to them”. (See also *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078.)

The respondent Attorney General of Canada argued that, although the Act should be interpreted as remedial legislation, the ordinary rules of interpretation should apply. Therefore, the Court of Appeal correctly examined the “plain meaning” and textual context of the term, as well as the intention of Parliament. As can be discerned from my opinion in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 570, I would agree that the rules

mins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne), [1987] 1 R.C.S. 1114 («*Action Travail des Femmes*»); *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Zurich, précité*, (pour un examen global, voir Alan L. W. D’Silva, «Giving Effect to Human Rights Legislation—A Purposive Approach» (1991), 3 *Windsor Rev. L. & S. Issues* 45). D’après cette longue suite d’arrêts, les tribunaux doivent interpréter les lois sur les droits de la personne d’une façon compatible avec leurs objectifs prédominants, reconnaissant comme l’a fait mon collègue le juge Sopinka, s’exprimant au nom de la majorité dans l’arrêt *Zurich, précité*, à la p. 339, que ces lois «constituent souvent le dernier recours de la personne désavantagée et de la personne privée de ses droits de représentation». Dans l’interprétation d’une loi, il faut tenir compte des valeurs fondées sur la *Charte*. Comme l’a fait remarquer le juge McIntyre dans l’arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, à la p. 602, relativement à l’affaire *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728:

L’affaire *Blainey* constitue donc un exemple de la manière dont les cours peuvent mettre à exécution et protéger les droits que la *Charte* garantit aux particuliers, c’est-à-dire en appréciant la mesure législative—l’action gouvernementale—en fonction de la *Charte*.

Dans l’arrêt *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, à la p. 558, j’ai affirmé, au nom de la majorité, que les «valeurs [consacrées dans la *Charte*] doivent être préférées à une interprétation qui leur serait contraire». (Voir aussi *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078.)

D’après l’intimé, le procureur général du Canada, bien que la Loi doive être interprétée comme une loi réparatrice, les règles ordinaires d’interprétation devraient s’appliquer. Par conséquent, la Cour d’appel a eu raison d’examiner le «sens ordinaire» de l’expression, son contexte à l’intérieur même du texte où elle figure ainsi que l’intention du Parlement. Comme je l’indique dans l’arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990]

of interpretation which have guided the courts to this day have not been set aside, and that they continue to play a role in the interpretation of legislation, including constitutional and quasi-constitutional documents. However, I also note Laskin C.J.'s words in *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, at p. 690, that the Court had a duty "not to whittle down the protections of the *Canadian Bill of Rights* by a narrow construction of what is a quasi-constitutional document". This observation applies *a fortiori* to human rights legislation, and has continued to be an important caution in the era of the *Charter*. In *Action Travail des Femmes*, *supra*, Dickson C.J. reviewed the jurisprudence on the interpretation of human rights legislation and, at p. 1134, stated the principle as follows:

Human rights legislation is intended to give rise, amongst other things, to individual rights of vital importance, rights capable of enforcement, in the final analysis, in a court of law. I recognize that in the construction of such legislation the words of the Act must be given their plain meaning, but it is equally important that the rights enunciated be given their full recognition and effect. We should not search for ways and means to minimize those rights and to enfeeble their proper impact. Although it may seem commonplace, it may be wise to remind ourselves of the statutory guidance given by the federal *Interpretation Act* which asserts that statutes are deemed to be remedial and are thus to be given such fair, large and liberal interpretation as will best ensure that their objects are attained.

The Court has repeatedly warned of the dangers of strict or legalistic approaches which would restrict or defeat the purpose of quasi-constitutional documents. For example, in *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530, at p. 553, this Court made it clear that the meaning of highly controversial terms "cannot be settled by linguistic fiat". (On avoiding narrow and technical interpretations of *Charter* rights, see also *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at pp. 365-67; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; on avoiding inflexi-

1 R.C.S. 425, à la p. 570, je reconnais que les règles d'interprétation qui ont guidé les tribunaux jusqu'à ce jour n'ont pas été écartées et qu'elles continuent de jouer un rôle dans l'interprétation des lois, y compris les documents constitutionnels et quasi constitutionnels. Toutefois, il convient de rappeler les propos du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, à la p. 690, qui a affirmé que la Cour a le devoir «de ne pas diminuer la protection offerte par la *Déclaration canadienne des droits* en interprétant de façon restrictive ce document quasi constitutionnel». Cette observation s'applique à plus forte raison aux lois sur les droits de la personne et demeure toujours un avertissement important à l'ère de la *Charte*. Dans l'arrêt *Action Travail des Femmes*, précité, le juge en chef Dickson examine la jurisprudence relative à l'interprétation des lois sur les droits de la personne et en dégage le principe suivant, à la p. 1134:

La législation sur les droits de la personne vise notamment à favoriser l'essor des droits individuels d'importance vitale, lesquels sont susceptibles d'être mis à exécution, en dernière analyse, devant une cour de justice. Je reconnais qu'en interprétant la Loi, les termes qu'elle utilise doivent recevoir leur sens ordinaire, mais il est tout aussi important de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits qui y sont énoncés. On ne devrait pas chercher par toutes sortes de façons à les minimiser ou à diminuer leur effet. Bien que cela puisse sembler banal, il peut être sage de se rappeler ce guide qu'offre la *Loi d'interprétation* fédérale lorsqu'elle précise que les textes de loi sont censés être réparateurs et doivent ainsi s'interpréter de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.

Notre Cour a mentionné à plusieurs reprises les dangers d'une analyse stricte ou légaliste qui restreindrait ou contrarierait l'objet des documents quasi constitutionnels. Par exemple, dans l'arrêt *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, à la p. 553, notre Cour a clairement affirmé que le sens d'expressions hautement controversées «ne peut être réglé[. . .] par une décision linguistique». (Sur la nécessité d'éviter d'interpréter d'une façon étroite et formaliste les droits consacrés par la *Charte*, voir les arrêts *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, aux pp. 365 à 367; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30;

ble categorizations, see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486.)

The remarks of Wilson J. in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, *supra*, at p. 470, are apposite here:

The principle of statutory construction, *expressio unius*, is ill-suited to meet the needs of *Charter* interpretation. It is inconsistent with the purposive approach to *Charter* interpretation which has been endorsed by this Court and which focuses on the broad purposes for which the rights were designed and not on mechanical rules which have traditionally been employed in interpreting detailed provisions of ordinary statutes in order to discern legislative intent.

Although made in the context of the *Charter*, and while it is clear that there are differences between constitutional and quasi-constitutional documents, these comments apply here since both types of documents require an interpretive approach that is broad and purposive, and identifies the values which the legislation was designed to protect. McIntyre J. clearly was of this view when, speaking for a unanimous Court in *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears*, *supra*, at pp. 546-47, he wrote:

It is not, in my view, a sound approach to say that according to established rules of construction no broader meaning can be given to the Code than the narrowest interpretation of the words employed. The accepted rules of construction are flexible enough to enable the Court to recognize in the construction of a human rights code the special nature and purpose of the enactment (see Lamer J. in *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at pp. 157-58), and give to it an interpretation which will advance its broad purposes. Legislation of this type is of a special nature, not quite constitutional but certainly more than the ordinary—and it is for the courts to seek out its purpose and give it effect. The Code aims at the removal of discrimination. This is to state the obvious. Its main approach, however, is not to punish the discriminator,

sur la question d'éviter les classifications rigides, voir le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.)

Les propos du juge Wilson dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, précité, à la p. 470, sont pertinents:

Le principe d'interprétation législative *expressio unius* se prête mal aux exigences de l'interprétation de la *Charte*. Il est incompatible avec l'interprétation de la *Charte*, fondée sur l'objet visé, que notre cour a approuvée et qui est axée sur les objectifs généraux pour lesquels les droits ont été conçus plutôt que sur les règles mécaniques auxquelles on a traditionnellement eu recours dans l'interprétation des dispositions détaillées de lois ordinaires afin de déceler l'intention du législateur.

Bien qu'ils soient formulés dans le contexte de la *Charte* et qu'il existe de toute évidence des différences entre les documents constitutionnels et quasi constitutionnels, ces commentaires s'appliquent en l'espèce puisque ces deux types de documents exigent une interprétation large et fondée sur l'objet qui précise les valeurs que la loi vise à protéger. Le juge McIntyre, exprimant l'opinion unanime de la Cour, était clairement de cet avis dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, précité, aux pp. 546 et 547:

Ce n'est pas, à mon avis, une bonne solution que d'affirmer que, selon les règles d'interprétation bien établies, on ne peut prêter au Code un sens plus large que le sens le plus étroit que peuvent avoir les termes qui y sont employés. Les règles d'interprétation acceptées sont suffisamment souples pour permettre à la Cour de reconnaître, en interprétant un code des droits de la personne, la nature et l'objet spéciaux de ce texte législatif (voir le juge Lamer dans *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, aux pp. 157 et 158), et de lui donner une interprétation qui permettra de promouvoir ses fins générales. Une loi de ce genre est d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire. Il appartient aux tribunaux d'en rechercher l'objet et de le mettre en application. Le Code vise la suppression de la discrimination. C'est là l'évidence. Toutefois, sa façon princi-

but rather to provide relief for the victims of discrimination.

In short, though traditional interpretational tools ought not be ignored, they must be applied in the context of a broad and purposive approach.

2. Purpose of the Act

The purpose of the Act, set out in s. 2 recited earlier, is to ensure that people have an equal opportunity to make for themselves the life that they are able and wish to have without being hindered by discriminatory practices. The social cost of discrimination is insupportably high, and these insidious practices are damaging not only to the individuals who suffer the discrimination, but also to the very fabric of our society. This Court decried the multiple harms caused by discrimination in the context of hate promotion in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697. Dickson C.J. remarked, at pp. 746-47, that the consequences of such discriminatory practices "bear heavily in a nation that prides itself on tolerance and the fostering of human dignity through, among other things, respect for the many racial, religious and cultural groups in our society". As McIntyre J. confirmed in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 172, "[d]iscrimination is unacceptable in a democratic society because it epitomizes the worst effects of the denial of equality". The Act, in prohibiting certain forms of discrimination, has the express purpose of promoting the value of equality which lies at the centre of a free and democratic society. Our society is one of rich diversity, and the Act fosters the principle that all members of the community deserve to be treated with dignity, concern, respect and consideration, and are entitled to a community free from discrimination.

The Tribunal did not fail to appreciate these factors, and understood the importance of interpreting the Act in light of its purpose. At page D/6089, it explained:

pale de procéder consiste non pas à punir l'auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours aux victimes de la discrimination.

Bref, bien que l'on doive tenir compte des mécanismes d'interprétation traditionnels, ces mécanismes doivent être appliqués dans le contexte d'une interprétation large et fondée sur l'objet.

b 2. L'objet de la Loi

L'objet de la Loi, mentionné à l'art. 2 que j'ai déjà cité, est de consacrer le droit de tous les individus à l'égalité des chances d'organiser leur vie de la façon qu'ils l'entendent et selon leurs possibilités sans être victimes d'actes discriminatoires. Le coût social de la discrimination est insupportablement élevé et ces pratiques insidieuses sont préjudiciables non seulement aux personnes qui en sont victimes, mais aussi à la structure même de notre société. Notre Cour a décrié les innombrables maux causés par la discrimination dans le contexte de la propagande haineuse dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697. Le juge en chef Dickson a fait remarquer, aux pp. 746 et 747, que les conséquences de ces actes discriminatoires «sont graves dans une nation dont la fierté est d'être tolérante et de favoriser la dignité humaine, notamment en respectant les nombreux groupes raciaux, religieux et culturels de notre société». Comme le confirme le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 172, «[l]a discrimination est inacceptable dans une société démocratique parce qu'elle incarne les pires effets de la dénégation de l'égalité». En interdisant certaines formes de discrimination, la Loi vise explicitement à favoriser l'égalité qui constitue une notion fondamentale dans une société libre et démocratique. Notre société se caractérise par sa grande diversité, et la Loi consacre le principe que tous les membres de la collectivité méritent d'être traités avec dignité, respect et considération et qu'ils ont le droit de vivre dans une collectivité à l'abri de toute discrimination.

Le Tribunal n'a pas omis d'examiner ces facteurs et a compris l'importance d'interpréter la Loi en fonction de son objet. Il explique, à la p. D/6089:

The Supreme Court of Canada has forcefully stated its view of the context of human rights codes generally, the object of such codes, and what flows therefrom. Codes, based on their broad purposes relating to "individual rights of vital importance" (*Action travail des femmes, supra*, at p. 182), are legislation of "a special nature" (*O'Malley, supra*, at p. 546). The Court has noted that the broad purposes of the *Act* are not obscure, but are "patently obvious" in s. 2 of the *Act*, and has emphasized, drawing upon s. 2, that the goal is that of equal opportunity for each individual to achieve "the life that he or she is able and wishes to have" (*Action travail des femmes*, at p. 182).

Against this framework, I would like to briefly address the arguments advanced before us that, in its interpretation, the Tribunal failed to adequately consider both textual context and legislative intent, and that this failure constituted an error of law.

3. Textual Interpretation

It was argued that a correct interpretive approach would warrant that a textual interpretation be determinative, and that the coupling of the terms "family" and "status" in the English text of s. 3 of the *Act* required the Tribunal to construe "family status" as including only those families who have recognizable status at law. This is the way that the Court of Appeal approached the matter. Leaving aside for the moment the broad and purposive approach which, in my view, should guide the interpretation of human rights legislation, even if one were to take a textual approach to the interpretation of s. 3 of the *Act*, the result of such an interpretive exercise would not lead to the conclusions of the Court of Appeal, but rather would, in my view, support the Tribunal's findings.

First, the word "status" is capable of bearing several meanings. The *Concise Oxford Dictionary of Current English* (8th ed. 1990) provides the following definition:

1. social position, rank, relation to others, relative importance . . . 2. (Law). person's relation to others as fixed by law. . . . 3. position of affairs;

La Cour suprême du Canada a déclaré sans ambages son avis relativement au contexte général des codes des droits de la personne, de l'objet de tels codes, et de ce qui en découle. En fonction de leur vaste objet afférent aux «droits individuels d'importance vitale» (*Action travail des femmes, supra*, p. 182), les codes sont des lois ayant «une nature spéciale» (*O'Malley, supra*, p. 546). La Cour a souligné que les objets principaux de la *Loi* ne sont pas obscurs, mais sont «très évidents» à l'art. 2 de la *Loi*; elle a souligné, aux termes de l'art. 2, que l'objet consiste à donner des chances égales d'épanouissement à chaque personne. (*Action travail des femmes*, p. 182).

C'est dans ce contexte que j'aimerais maintenant examiner brièvement les arguments soulevés devant notre Cour, selon lesquels le Tribunal, dans son interprétation, a omis de tenir compte de l'argument de texte et de l'intention du législateur, commettant ainsi une erreur de droit.

3. L'argument de texte

On soutient, d'une part, que l'approche interprétative correcte mande qu'une interprétation fondée sur le texte soit déterminante et, d'autre part, que l'association des termes «*family*» et «*status*», dans le texte anglais de l'art. 3 de la *Loi*, exige du Tribunal qu'il interprète l'expression «situation de famille» de façon à ce que cette expression comprenne seulement les familles qui ont un statut juridique reconnu. C'est ainsi que la Cour d'appel a abordé la question. Si l'on oublie pour l'instant l'analyse large et fondée sur l'objet qui, à mon avis, devrait guider l'interprétation des lois sur les droits de la personne et même en adoptant une analyse fondée sur le texte pour interpréter l'art. 3 de la *Loi*, celle-ci ne mènerait pas aux conclusions de la Cour d'appel, mais plutôt, à mon avis, à celles du Tribunal.

Premièrement, le terme «*status*» utilisé dans le texte anglais comporte plusieurs sens. Voici comment le définit le *Concise Oxford Dictionary of Current English* (8^e éd. 1990):

1. social position, rank, relation to others, relative importance . . . 2. (Law). person's relation to others as fixed by law. 3. position of affairs;

While the term “status” may be used to indicate status at law, it may indicate more factual matters of rank, social position, or relation to others. The use of the term “status” is not sufficient by itself to restrict the notion of “family status” to only those families that are recognized at law. Reference to the French version of the term, “*situation de famille*”, is warranted here. *Le Petit Robert 1* (1990) provides the following definitions of the term “situation”:

1^o Le fait d’être en un lieu; manière dont une chose est disposée, située ou orientée. . . . 2^o Ensemble des circonstances dans lesquelles une personne se trouve. . . . 3^o Emploi, post rémunérateur régulier et stable. . . .

“*Situation*” is not a legal term, is broader than the English term “status”, and encompasses a host of meanings. When the meaning of the French term is considered, it is apparent that the scope of “family status” has potential to be very broad. In French, the term “*situation de famille*” would not be used to express a legal notion. “*État matrimonial*” would.

As noted in the Court of Appeal reasons, until 1983, the French text of the Act prohibited discrimination on the basis of “*situation de famille*” while the English text of the Act prohibited discrimination on the basis of “marital status.” In 1983 the Act was amended, the French text to include both “*situation de famille*” and “*état matrimonial*”, the English text to include both “marital status” and “family status”. The amendment did not simply modify the existing terms, but in fact expanded the Act. Had the intention been to narrow the scope of protection, it would have been simple to use one term or the other. In my view the purpose of the amendment could only have been to envelop the two notions. Furthermore, if both terms “*situation de famille*” and “*état matrimonial*”, “marital status” and “family status”, in the French or in the English texts, were similar, there would have been no need to juxtapose them. One such expression would have been sufficient as the legislator is not presumed to use meaningless words (P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 232).

Bien que le terme «*status*» puisse être utilisé pour déterminer une situation sur le plan juridique, il peut sur le plan factuel désigner le rang, la situation sociale ou une relation avec d’autres. L’emploi du terme «*status*» ne suffit pas en soi à circonscrire la notion de «*family status*» aux seules familles qui sont reconnues sur le plan juridique. L’expression «situation de famille» utilisée dans le texte français est ici pertinente. Voici comment le *Petit Robert 1* (1990) définit le terme «situation»:

1^o Le fait d’être en un lieu; manière dont une chose est disposée, située ou orientée. [. . .] 2^o Ensemble des circonstances dans lesquelles une personne se trouve. [. . .] 3^o Emploi, poste rémunérateur régulier et stable . . .

Le mot «situation» n’est pas un terme juridique; il a un sens plus vaste que le terme anglais «*status*» et englobe nombre de significations. En examinant le sens du terme français, on se rend facilement compte que l’expression «*family status*» peut avoir un sens très large. En français, on n’utiliserait pas l’expression «situation de famille» pour exprimer une notion juridique. C’est plutôt l’expression «*état matrimonial*» qui serait utilisée à cette fin.

Comme l’a indiqué la Cour d’appel, jusqu’en 1983, le texte français de la Loi interdisait la discrimination fondée sur la «situation de famille», alors que le texte anglais utilisait l’expression «*marital status*». La Loi a été modifiée en 1983 par l’ajout de l’expression «*état matrimonial*» dans le texte français et de l’expression «*family status*» dans le texte anglais. La modification a non seulement apporté un changement à la liste des motifs énumérés, mais a en fait élargi la portée de la Loi. Si l’on avait eu l’intention de restreindre l’étendue de la protection, on aurait tout simplement pu utiliser une seule de ces deux expressions. À mon avis, la modification ne pouvait avoir pour objet que d’englober les deux notions. Par ailleurs, si les expressions «situation de famille» et «*état matrimonial*», dans le texte français, et «*marital status*» et «*family status*», dans le texte anglais, avaient un sens analogue, il n’aurait pas été nécessaire de les juxtaposer. L’emploi d’une seule expression aurait suffi puisque le législateur n’est pas censé parler pour ne rien dire (P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), à la p. 259).

In any event, I have difficulty with the Court of Appeal's proposition that the meaning of "family status" and its French equivalent can be determined through reference to what it found to be the more restrictive English term. First, as I have noted above, the English term is not necessarily more restrictive. Second, even if it could be said that "family status" encompassed only families with legal status, it would be highly inappropriate to interpret the term by relying on the more narrow meaning of the French and English texts. It is an established principle of interpretation in Canada that French and English texts of legislation are deemed to be equally authoritative (*R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296), and where there is a discrepancy between the two, it is the meaning which furthers the purpose of the legislation which must prevail (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; see also P.-A. Côté, *supra*, at pp. 272-79). In this case, given that the purpose of the Act is to prevent discrimination and provide an equal opportunity to make the type of life one wishes, the broader of the two meanings should prevail.

A textual interpretation seems to me to support the conclusion of the Tribunal that "family status" should not be restricted to a narrow legal meaning. Nothing in the textual context indicates that the protection of the Act is to be extended only to certain types of legally validated families. On the contrary, the term "family status" suggests a broader protection that would prohibit discrimination against individuals on the basis of the internal structuring of their families. But, as I said above, a strict textual interpretation is not warranted here. That leaves then the argument concerning legislative intent.

4. Purpose and Intent

The intervener Focus on the Family asserted that the Tribunal should have considered the proceedings in Parliament in an attempt to more accurately discern the intention of Parliament at the time of the legislative enactment. They submitted that the

Quoi qu'il en soit, j'éprouve de la difficulté à accepter la proposition de la Cour d'appel selon laquelle on peut établir le sens de l'expression «*family status*» et de son équivalent français à partir du sens de l'expression anglaise qu'elle a considérée comme plus restrictive. Premièrement, comme je l'ai déjà mentionné, l'expression anglaise n'a pas nécessairement une portée plus restrictive. Deuxièmement, même si l'on pouvait affirmer que l'expression «*situation de famille*» englobe seulement les familles ayant un statut juridique, il serait hautement inapproprié de l'interpréter en retenant le sens le plus restreint des textes anglais ou français. C'est un principe d'interprétation bien établi au Canada que les textes français et anglais d'une loi sont réputés d'égale valeur (*R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296) et que c'est l'interprétation qui favorise l'objet de la loi qui doit l'emporter en cas d'incompatibilité entre les deux textes (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; voir aussi P.-A. Côté, *op. cit.*, aux pp. 304 à 312). En l'espèce, comme la Loi a pour objet d'empêcher la discrimination et d'accorder à tous le droit à l'égalité des chances d'épanouissement, c'est le plus large des deux sens qui devrait l'emporter.

À mon avis, une interprétation fondée sur le texte appuie la conclusion du Tribunal que l'expression «*situation de famille*» ne devrait pas recevoir une interprétation juridique restrictive. Le contexte du libellé de la Loi n'indique aucunement qu'elle vise seulement à protéger certains types de familles légalement reconnus. Au contraire, l'expression «*situation de famille*» suggère une protection générale qui interdirait tout acte discriminatoire à l'endroit d'une personne, en raison de la structure interne de sa famille. À tout événement, comme je l'ai déjà dit, il n'est pas justifié d'avoir ici recours à une interprétation stricte fondée sur le texte. Reste maintenant l'argument concernant l'intention du législateur.

4. L'objet et l'intention

L'intervenant Focus on the Family soutient que le Tribunal aurait dû examiner l'historique législatif pour tenter de mieux dégager l'intention du législateur lors de l'adoption de la loi en question. À son avis, l'élargissement du sens de l'expression

extension of the term “family status” to include same-sex relationships would usurp the legislative function of Parliament, and give the term a meaning never intended by Parliament. This argument implies that the Tribunal exceeded its jurisdiction by interpreting the scope of “family status” as it did.

First, as regards the amendment itself and referring to the evidence before the Tribunal, this intervenor argued that legislative debate supports their assertion that the members of the legislature intended the amendment simply to bring the French and English texts into conformity. As Lord Watson observed in *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22, at p. 38, the ““Intention of the Legislature” is a common but very slippery phrase”. Legislative intention can be difficult to ascertain, and it is dangerous to rely only on the legislative record in order to infer that intent. While such record may be of some assistance in certain types of cases (for example *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373), legislative intent is derived primarily from the legislation itself (*Hills v. Canada (Attorney General)*, *supra*, at p. 549; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*).

With this caveat, had Parliament intended that the protection for families be restricted to legally recognized families, the amendment to the Act could have made this clear. However, this was not done. Instead, the amendment increased the scope of protection by adding a new ground of discrimination to each text: both “marital status” and “family status” became prohibited grounds. As the terms are juxtaposed, it is reasonable to conclude that “family status” must be something other than “marital status”, just as “*situation de famille*” must be something other than “*état matrimonial*”. Since “*état matrimonial*” is closer to a legal notion, “*situation de famille*” or “family status” can only be broader. It was, of course, open to Parliament to define the concept of “family status” within the

«situation de famille» de façon à englober les relations entre personnes de même sexe empièterait sur la fonction du législateur et donnerait à l'expression un sens que le législateur n'a jamais eu l'intention de lui donner. Cet argument laisse entendre que le Tribunal aurait excédé sa compétence en interprétant comme il l'a fait l'expression «situation de famille».

Premièrement, en ce qui concerne l'amendement comme tel et se référant à la preuve présentée devant le Tribunal, cet intervenant soutient que le débat qui a entouré l'adoption de la disposition appuie son point de vue que les députés avaient simplement l'intention d'harmoniser les textes anglais et français. Comme l'a fait remarquer lord Watson dans l'arrêt *Salomon c. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22, à la p. 38, [TRADUCTION] ««[l']intention du législateur» est une expression que l'on entend fréquemment, mais qui est fort ambiguë». Il peut être difficile de déterminer quelle est l'intention du législateur et il est risqué pour ce faire de se fier uniquement aux documents législatifs. Bien que ces documents puissent être utiles dans certains cas (par exemple, voir le *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373), c'est à partir de la loi même que se déciphère principalement l'intention du législateur (*Hills c. Canada (Procureur général)*, précité, à la p. 549; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité).

Cette réserve étant faite, si le législateur avait eu l'intention de restreindre la protection aux familles légalement reconnues, il aurait pu le préciser clairement lorsqu'il a modifié la Loi. Toutefois, il ne l'a pas fait. La modification a plutôt élargi la protection par l'ajout d'un nouveau motif de distinction illicite dans chacun des textes; ainsi, l'«état matrimonial» et la «situation de famille» sont tous deux devenus des motifs de distinction illicite. Puisque les deux expressions sont juxtaposées, il est raisonnable de conclure que le sens de l'expression «*family status*» doit être différent de celui de l'expression «*marital status*», tout comme l'expression «situation de famille» doit avoir un sens différent de l'expression «état matrimonial». Puisque l'«état matrimonial» se rapproche davantage

Act. It did not choose to do so, even in the face of debate about the meaning of the term. Instead, Parliament determined that the task of dealing with any ambiguity in any concepts in the Act should be left to the administrative board charged with the task of implementing the Act. I refer, in this regard, to the comments of the Minister of Justice as reported in the *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, Issue No. 114, December 20, 1982, at p. 17: "It will be up to the commission, the tribunals it appoints, and in the final cases, the courts, to ascertain in a given case the meaning to be given to these concepts." When asked why he was reluctant to define these terms within the Act itself, the Minister responded as follows:

The reason for my reluctance to have such definitions included, Mr. Chairman, is that it is not in accord with the scheme of the bill. These words are being interpreted by the Canadian Human Rights Commission. We trust them to interpret and issue regulations.

It is true, of course, that a court can always pronounce on the validity of this; but in most cases, the action of the commission is accepted. Generally speaking, we think that is a better way to proceed. [Emphasis added.]

(*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, Issue No. 115, December 21, 1982, at p. 73.)

Though the members of Parliament may perhaps not at that precise moment have envisaged that "family status" would be interpreted by the Tribunal so as to extend to same-sex couples, the decision to leave the term undefined is evidence of clear legislative intent that the meaning of "family status", like the meaning of other undefined concepts in the Act, be left for the Commission and its tribunals to define. In my view, if the legislative record helps here in the search for legislative intent, it rather supports the Tribunal's wide and

d'une notion juridique, les expressions «situation de famille» ou «*family status*» ne peuvent avoir qu'un sens plus large. Évidemment, il était loisible au législateur de définir dans la Loi ce qu'il entendait par «situation de famille». Il a choisi de ne pas le faire, malgré un débat sur le sens de l'expression. Le législateur a plutôt indiqué qu'il incomberait à l'organisme administratif chargé de la mise en œuvre de la Loi de trancher toute ambiguïté dans les notions comprises dans celle-ci. À cet égard, je renvoie aux commentaires du ministre de la Justice cités dans les *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques*, fascicule n° 114, 20 décembre 1982, à la p. 17: «Il incombera à la Commission, aux tribunaux qu'elle nommera et en dernier ressort, aux tribunaux, d'établir dans chacun des cas la signification de ces notions.» Quand on lui a demandé pourquoi il hésitait à définir ces termes dans la Loi même, le ministre a répondu:

Si je ne veux pas inclure de telles définitions, monsieur le président, c'est parce que cela ne correspond pas à l'esprit du projet de loi. Ces termes sont interprétés par la Commission canadienne des droits de la personne. Nous pensons qu'elle est à même de les interpréter et d'émettre des règlements pertinents.

Il est vrai bien sûr qu'un tribunal peut toujours se prononcer sur la validité d'une telle définition, mais dans la plupart des cas, l'action de la Commission est acceptée. Nous estimons de façon générale que c'est la meilleure façon de procéder. [Je souligne.]

(*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques*, fascicule n° 115, 21 décembre 1982, à la p. 73.)

Bien que le législateur n'ait peut-être pas envisagé à cette époque que le Tribunal interpréterait l'expression «situation de famille» de façon à inclure les couples de même sexe, la décision de ne pas définir l'expression en question est une preuve que le législateur avait clairement l'intention de laisser à la Commission et à ses tribunaux le soin de définir cette expression ainsi que les autres notions non définies dans la Loi. À mon avis, si l'historique législatif aide en l'espèce à dégager l'intention du législateur, il favorise plutôt les vastes pou-

broad discretion in the interpretation of the provisions of its own Act.

An interpretation of a human rights document, or for that matter any legislation, that may not conform with Parliament's intention can be easily cured by Parliament itself. Because legislation can be amended more readily than a Constitution, legislatures which find the interpretations given by administrative tribunals inconsistent with legislative intent can always amend the legislation, or pass new legislation in order to modify that interpretation. This has been done on a number of occasions (*Contributory Negligence Act*, R.S.A. 1980, c. C-23, which allows for partial recovery by contributorily negligent tort claimants; *R. v. Krannenburg*, [1980] 1 S.C.R. 1053, and the resulting *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 485(1), concerning loss of jurisdiction over the offence; the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 18(1)(i)(ii) reversing the decision of the Exchequer Court in *Royal Trust Co. v. Minister of National Revenue*, [1957] C.T.C. 32, allowing club fees as a deductible expense; the U.K. case of *London Graving Dock Co. v. Horton*, [1951] A.C. 737 (H.L.) discussed in *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456, at pp. 476-77.)

Even if Parliament had in mind a specific idea of the scope of "family status", in the absence of a definition in the Act which embodies this scope, concepts of equality and liberty which appear in human rights documents are not bounded by the precise understanding of those who drafted them. Human rights codes are documents that embody fundamental principles, but which permit the understanding and application of these principles to change over time. These codes leave ample scope for interpretation by those charged with that task. The "living-tree" doctrine, well understood and accepted as a principle of constitutional interpretation, is particularly well suited to human rights legislation. The enumerated grounds of discrimination must be examined in the context of contemporary values, and not in a vacuum. As with other such types of legislation, the meaning of

voirs discrétionnaires conférés au Tribunal dans l'interprétation des dispositions de sa loi constitutive.

Si l'interprétation d'un document sur les droits de la personne, ou même de toute loi, n'est pas compatible avec l'intention du législateur, celui-ci peut facilement remédier à ce problème. Puisqu'il est plus facile de modifier une loi que la Constitution, un législateur peut toujours modifier une loi ou en adopter une autre s'il estime que l'interprétation des tribunaux administratifs est contraire à son intention. Cela a été fait à plusieurs reprises (*Contributory Negligence Act*, R.S.A. 1980, ch. C-23, qui permet un recouvrement partiel dans le cas de négligence contributive; *R. c. Krannenburg*, [1980] 1 R.C.S. 1053, qui a entraîné l'adoption du par. 485(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, relativement à la perte de compétence à l'égard d'une infraction; la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, sous-al. 18(1)(i)(ii) infirmant la décision de la Cour de l'Échiquier dans l'arrêt *Royal Trust Co. c. Minister of National Revenue*, [1957] C.T.C. 32, qui autorisait les droits d'adhésion à un club comme dépenses déductibles; l'affaire anglaise *London Graving Dock Co. c. Horton*, [1951] A.C. 737 (H.L.), analysée dans l'arrêt *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456, aux pp. 476 et 477).

Même si le législateur avait à l'esprit une idée spécifique de la portée de l'expression «situation de famille», faute d'une définition précise de cette portée dans la Loi, les notions d'égalité et de liberté que l'on retrouve dans les documents sur les droits de la personne ne sont pas restreintes par la conception précise qu'en avaient leurs auteurs. Les codes des droits de la personne sont des documents qui englobent des principes fondamentaux, mais qui permettent que leur interprétation et leur application soient modifiées au fil des ans. Ces codes laissent à ceux qui sont chargés de les interpréter beaucoup de latitude sur ce plan. La théorie de «l'arbre vivant», bien comprise et acceptée comme principe d'interprétation constitutionnelle, convient particulièrement bien à la législation sur les droits de la personne. Les motifs de distinction illicite énumérés doivent être examinés dans le con-

the enumerated grounds in s. 3 of the Act is not “frozen in time” and the scope of each ground may evolve.

Textual context should not detract from the purposive approach mandated by human rights documents, and legislative intent is best inferred from the legislation itself. Any ambiguities as to the exact boundaries of the enumerated grounds of discrimination were specifically left to the Tribunal’s interpretation. Consequently, the Tribunal cannot be reproached for having applied recognized principles of interpretation of human rights legislation, in light of the particular purpose of its Act, as it specifically states at pp. D/6088-89:

... the interpretation of the term “family status” as used in the *Act* must be governed by the principles of interpretation of human rights codes in general and the *Act* in particular, enunciated by the Supreme Court of Canada in *O’Malley*, *Bhinder*, *Action travail des femmes* and *Robichaud*. This is not simply a mechanical exercise, because the principles of interpretation are themselves expressed in broad terms.

This approach recognizes the dynamic relationship between specific words and the context in which they are used. In this principle, the regulator of the dynamic forces is the requirement that there be *harmony* between the words and their context. Driedger’s approach has been quoted at length to support the observation of McIntyre J. in *O’Malley*, *supra*, that “the accepted rules of construction are *flexible enough* to enable the Court to recognize in the construction of a human rights code the special nature and purpose of the enactment”. [Emphasis in original.]

That being said, I turn now to the Tribunal’s actual interpretation of “family status” in s. 3 of the Act, to determine whether, according to the proper standard of review, it was patently unreasonable.

texte des valeurs contemporaines, et non dans l’absolu. Comme dans toute loi de ce genre, le sens des motifs de distinction énumérés à l’art. 3 de la Loi n’est pas «établi une fois pour toutes» et leur portée respective peut évoluer.

L’analyse de texte ne devrait pas s’écarter de l’analyse fondée sur l’objet qui doit guider l’interprétation des documents sur les droits de la personne; c’est à partir de la loi même qu’il est le plus facile de dégager l’intention du législateur. On a explicitement laissé au Tribunal le soin d’interpréter toute ambiguïté se rattachant à ce que l’on entend exactement par les motifs de distinction illicite énumérés. Par conséquent, on ne peut reprocher au Tribunal d’avoir appliqué des principes reconnus d’interprétation en matière de droits de la personne, compte tenu de l’objet particulier de la Loi, comme il l’a explicitement mentionné, aux pp. D/6088 et D/6089:

... l’interprétation que l’on donne à l’expression «situation de famille», que l’on retrouve dans la *Loi*, doit reposer sur les principes généraux d’interprétation des codes des droits de la personne et par la *Loi* en particulier, tels qu’énoncés par la Cour suprême du Canada dans les causes *O’Malley*, *Bhinder*, *Action travail des femmes* et *Robichaud*. Il ne s’agit pas tout simplement d’un exercice mécanique puisque les principes d’interprétation sont eux-mêmes exprimés de façon générale.

Cette approche reconnaît le rapport dynamique qui existe entre des mots précis et leur contexte. En principe, ce qui régleme le rapport de force dynamique est l’exigence à l’effet qu’il existe une *harmonie* entre les mots et leur contexte. L’approche de Driedger a été citée en détail pour appuyer les observations du juge McIntyre dans l’affaire *O’Malley*, *supra*, à l’effet que «les règles d’interprétation acceptées sont *suffisamment souples* pour permettre à la Cour de reconnaître, en interprétant un code des droits de la personne, la nature et l’objet spéciaux de ce texte législatif». [En italique dans l’original.]

Cela dit, j’examinerai maintenant comment le Tribunal a interprété l’expression «situation de famille» de l’art. 3 de la Loi, pour déterminer si, selon la norme de contrôle applicable, cette interprétation était manifestement déraisonnable.

5. *The Meaning of "Family Status"*

Across the political spectrum, there is broad appreciation of the vital importance of strong, stable families. Sylvia Law, in "Homosexuality and the Social Meaning of Gender", [1988] *Wis. L. Rev.* 187, suggests that this appreciation is hardly surprising since families are a central institution in most societies. She comments, at pp. 220-21:

Families bear primary responsibility for the nurture and acculturation of children, and for the care of the sick and the old. They provide communities that give personal meaning and value to our lives. Families mediate between the state and the isolated individual. They perform essential income redistribution functions, from adults in their prime earning years to the old, the young and the women who care for them. [Footnotes omitted.]

In her article "A Family Like Any Other Family: Alternative Methods of Defining Family in Law" (1990-1991), 18 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 1027, at p. 1029, Kris Franklin notes:

Families have long been viewed as among the most essential and universal units of society. This sense of the shared experience of family has led to an often unexamined consensus regarding what exactly constitutes a family. Thus, while "(w)e speak of families as though we all knew what family are," we see no need to define the concepts embedded within the term. [Footnotes omitted.]

This "unexamined consensus" leads many to feel that the term "family" in fact has a plain meaning. This belief is reflected in the decision of the Court of Appeal where Marceau J.A. asks the question, at p. 34, "Is it not to be acknowledged that the basic concept signified by the word has always been a group of individuals with common genes, common blood, common ancestors?" However, the unexamined consensus begins to fall apart when one is required to define the concepts which are embedded in the term "family" in the context of "family status". How are the boundaries

5. *Le sens de l'expression «situation de famille»*

Dans les milieux politiques, on reconnaît généralement l'importance vitale de familles solides et stables. Selon Sylvia Law, dans «Homosexuality and the Social Meaning of Gender», [1988] *Wis. L. Rev.* 187, cela n'est pas étonnant puisque la famille est un pilier dans la plupart des sociétés. Elle fait les commentaires suivants, aux pp. 220 et 221:

[TRADUCTION] C'est la famille qui est principalement responsable de l'éducation et de la culture inculquées aux enfants ainsi que des soins prodigués aux malades et aux personnes âgées. La famille contribue à l'établissement de collectivités qui donnent un sens et une valeur de nature personnelle à nos vies. Elle sert d'intermédiaire entre l'État et l'individu isolé. Elle accomplit des fonctions essentielles de redistribution de revenus, entre les adultes dans la force de l'âge actif et les personnes âgées, les jeunes et les femmes qui s'occupent d'eux. [Renvois omis.]

Dans son article intitulé: «'A Family Like Any Other Family: Alternative Methods of Defining Family in Law'» (1990-1991), 18 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 1027, à la p. 1029, Kris Franklin affirme:

[TRADUCTION] La famille compte depuis longtemps parmi les unités sociales les plus essentielles et universelles. Ce sentiment d'expérience familiale partagée a donné lieu à un consensus souvent non vérifié de ce qu'est exactement la famille. En conséquence, puisque l'«(o)n parle de la famille comme si on savait exactement ce dont il s'agit», on n'estime pas nécessaire de définir les notions enchâssées dans ce terme. [Renvois omis.]

Vu ce «consensus non vérifié», beaucoup sont portés à croire que le terme «famille» a en fait un sens ordinaire. Cette croyance se traduit dans la décision de la Cour d'appel dans laquelle le juge Marceau pose la question suivante (à la p. 34): «Ne doit-on pas admettre que, fondamentalement, ce mot a toujours désigné un groupe de personnes ayant des gènes et des ancêtres communs et unis par les liens du sang?» Toutefois, ce consensus perd sa force lorsqu'il faut définir les notions enchâssées dans le terme «famille» de l'expression «situation de famille». Comment faut-il circons-

of that status to be drawn? Is there a plain meaning for "family status"? Could it not be said that "family status" is an attribute of those who live as if they were a family, in a family relationship, caring for each other?

Those who support a formalistic or more restrictive meaning for the term family point out that there is a dominant conception of family that has been traditionally enforced by laws and social custom. The form taken by this dominant conception is commonly referred to as the traditional family. It is widely understood that the traditional family is one composed of a married man and woman and their children (see Bruce Ryder, "Equality Rights and Sexual Orientation: Confronting Heterosexual Family Privilege" (1990), 9 *Can. J. Fam. L.* 39). For example, Census Canada, for the purpose of the census, adopted a definition of the family as:

... a husband and wife (with or without children who have never been married, regardless of age) or a parent with one or more children never married; living in the same dwelling. A family may consist, also, of a man or woman living with a guardianship child or ward under 21 years of age for whom no pay was received.

(Jean E. Veevers, *The Family in Canada*, 1971 Census of Canada, vol. 5, pt. 3, Catalogue 99-725, bulletin 5.3-3 (1977), at p. 3.)

The traditional conception of family is not the only conception. The American Home Economics Association (AHEA) defines a family as "two or more persons who share resources, share responsibility for decisions, share values and goals, and have commitments to one another over time" (adopted in 1973, see I. Diamond, *Families, Politics and Public Policy: A Feminist Dialogue on Women and the State* (1983), 1, at p. 8). K. G. Terkelsen in "Toward a Theory of the Family Life Cycle" in E. Carter and M. McGoldrick, eds., *The Family Life Cycle: A Framework for Family Therapy* (1980), 21, at p. 23, defines a family as a

crire les limites de cette situation? L'expression «situation de famille» a-t-elle un sens ordinaire? Ne pourrait-on pas soutenir que la «situation de famille» est la situation de personnes qui vivent comme si elles constituaient une famille, dans une relation familiale et dans un climat d'entraide?

Les tenants d'une interprétation formaliste ou plus restrictive du terme «famille» sont d'avis qu'il existe une conception dominante de la famille traditionnellement reconnue par les lois et la coutume sociale. Cette conception dominante est ce que l'on appelle communément la famille traditionnelle, généralement composée d'un homme et d'une femme mariés et de leurs enfants (voir Bruce Ryder, «Equality Rights and Sexual Orientation: Confronting Heterosexual Family Privilege» (1990), 9 *Rev. can. d. fam.* 39). Par exemple, pour les fins du recensement canadien, une famille est composée:

... d'un époux et d'une épouse avec ou sans enfants célibataires (peu importe leur âge) ou de l'un ou de l'autre des parents avec un ou plusieurs enfants célibataires vivant dans un même logement. Une famille peut être formée également d'un homme ou d'une femme vivant avec un enfant en tutelle ou un pupille de moins de 21 ans pour lequel ils (elles) ne reçoivent pas de rétribution.

(Jean E. Veevers, *La famille au Canada*, Recensement du Canada 1971, vol. 5, pt. 3, n° 99-725 au catalogue, bulletin 5.3-3 (1977), à la p. 3.)

La conception traditionnelle de la famille n'est pas la seule qui existe. Pour l'American Home Economics Association (AHEA), une famille se compose de [TRADUCTION] «deux ou plusieurs personnes qui partagent des ressources, la responsabilité des décisions à prendre, des valeurs et des buts, et qui ont un engagement l'une envers l'autre au cours d'une certaine période» (définition adoptée en 1973, voir I. Diamond, *Families, Politics and Public Policy: A Feminist Dialogue on Women and the State* (1983), 1, à la p. 8). Pour K. G. Terkelsen dans «Toward a Theory of the Family Life Cycle» dans E. Carter et M. McGoldrick, dir., *The Family Life Cycle: A Framework for Family Therapy* (1980), 21, à la p. 23, la famille est

small social system made up of individuals related to each other by reason of strong reciprocal affections and loyalties, and comprising a permanent household (or cluster of households) that persists over years and decades.

M. Stuart in "An Analysis of the Concept of Family" in A. Whall and J. Fawcett, eds., *Family Theory Development in Nursing: State of the Science and Art* (1991), 31, at p. 40, says that there are five critical attributes to the concept of family:

1. The family is a system or unit.
2. Its members may or may not be related and may or may not live together.
3. The unit may or may not contain children.
4. There is commitment and attachment among unit members that include future obligation.
5. The unit caregiving functions consist of protection, nourishment and socialization of its members.

In *Families in Canada Today: Recent Changes and Their Policy Consequences* (2nd ed. 1988), Dr. Margrit Eichler, who testified before the Tribunal, suggests that attempts to define the family invariably result in exclusion, and that it is more appropriate to talk about families, or familial interaction. She states that this interaction occurs in several dimensions: the procreative dimension; the socialization dimension; the sexual dimension; the residential dimension; the economic dimension; and the emotional dimension. In *Nurses and Families: A Guide to Family Assessment and Intervention* (2nd ed., forthcoming), Wright and Leahey comment as follows (at pp. 3-3 and 3-4):

Designating a group of people with a term such as "couple", "nuclear family", "single-parent family", specifies attributes of membership but these distinctions of grouping are not more or less "families" by reason of labelling. It is the attributes of affection, strong emotional ties, a sense of belonging and durability of membership that determine family composition.

[TRADUCTION] un petit système social composé de personnes liées l'une à l'autre par une affection et une loyauté solides, qui constituent un ménage permanent (ou un groupe de ménages) qui continue d'exister au fil des ans.

D'après M. Stuart, «An Analysis of the Concept of Family» dans A. Whall et J. Fawcett, dir., *Family Theory Development in Nursing: State of the Science and Art* (1991), 31, à la p. 40, la notion de «famille» comporte cinq caractéristiques importantes:

[TRADUCTION]

1. La famille est un système ou une unité.
2. Ses membres peuvent être ou non apparentés et vivre ensemble.
3. L'unité peut comporter des enfants.
4. Il existe entre les membres de l'unité un engagement et un attachement qui comportent une obligation future.
5. L'unité s'occupe de ses membres: protection, nourriture et socialisation.

Dans son ouvrage *Families in Canada Today: Recent Changes and Their Policy Consequences* (2^e éd. 1988), le D^r Margrit Eichler, qui a témoigné devant le Tribunal, affirme que les tentatives visant à définir la famille créent inmanquablement des exclusions et qu'il convient plutôt de parler de familles ou d'interaction familiale. Cette interaction comporte plusieurs dimensions: la procréation, la socialisation, les relations sexuelles, la résidence, les questions financières et le plan émotif. Dans leur ouvrage: *Nurses and Families: A Guide to Family Assessment and Intervention* (2^e éd. à paraître), Wright et Leahey font les commentaires suivants (aux pp. 3-3 et 3-4):

[TRADUCTION] Lorsque l'on désigne un groupe de personnes comme un «couple», une «famille nucléaire», une «famille monoparentale», on décrit les caractéristiques de l'appartenance au groupe en question, mais ces distinctions ne font pas qu'un groupe constitue plus ou moins une «famille» en raison de la qualification qu'on lui attribue. Ce sont les marques d'affection, les liens émotifs solides, le sens d'appartenance et la permanence des liens qui déterminent la composition de la famille.

We have found the following definition of family to be most useful in our clinical work: the family is who they say they are.

The multiplicity of definitions and approaches to the family illustrates clearly that there is no consensus as to the boundaries of family, and that "family status" may not have a sole meaning, but rather may have varied meanings depending on the context or purpose for which the definition is desired. This same diversity in definition can be seen in a review of Canadian legislation affecting the "family". The law has evolved and continues to evolve to recognize an increasingly broad range of relationships. Different pieces of legislation contain more or less restrictive definitions depending on the benefit or burden of the law to be imposed. These definitions of family vary with legislative purpose, and depend on the context of the legislation. By way of example, one may be part of a family for the purpose of receiving income assistance under welfare legislation, but not for the purpose of income tax legislation.

Despite the demonstrable range of definitions for family, the respondent Attorney General of Canada took a more narrow approach, arguing that the legal status of same-sex partners, either as family or as spouses, has not received extensive judicial consideration. Furthermore, he submits that where it has been considered, courts have almost consistently rejected the proposition that the concept of spouse can include same-sex partners.

The Tribunal, of course, was not concerned here with the definition of "spouse" but rather with "family status" in the particular context of an employee benefit. Be that as it may, both legislatures and courts have long been involved in the process of defining the relationships which will or will not be recognized for various purposes. The resulting legislation and decisions have often had an impact on the ways that families structure themselves. However, the family is not merely a creation of law, and while law may affect the ways in which families behave or structure themselves, the

Dans nos travaux cliniques, c'est la définition qui suit que nous avons jugée la plus utile: la famille se compose des personnes qui disent en constituer une.

La multiplicité des définitions et des conceptions de la famille illustre clairement qu'il n'existe pas de consensus quant aux paramètres de la famille et que l'expression «situation de famille» pourrait bien avoir plusieurs sens, selon le contexte ou l'objet du texte dans lequel cette définition est utilisée. On peut également constater cette diversité lorsque l'on examine les lois canadiennes portant sur la «famille». Le droit en la matière a évolué et continue d'évoluer vers la reconnaissance d'un éventail de plus en plus large de relations. Les textes de loi contiennent des définitions plus ou moins restrictives selon l'avantage ou les responsabilités que la loi désire créer. Ces définitions de la famille varient selon l'intention du législateur et dépendent du contexte de la loi. Ainsi, une personne peut faire partie d'une famille aux fins des prestations d'aide sociale en vertu des lois d'aide sociale, mais ne pas en faire partie aux fins de la loi de l'impôt sur le revenu.

Malgré l'existence démontrable de toute une gamme de définitions du terme «famille», l'intimé le procureur général du Canada préconise une interprétation plus restrictive en soutenant que la situation juridique des partenaires de même sexe, comme famille ou conjoints, n'a pas été examinée de façon approfondie par les tribunaux. Cependant, dans les cas où ils l'ont fait, a-t-il soutenu, les tribunaux ont presque toujours rejeté la proposition que la notion de conjoints peut comprendre des partenaires de même sexe.

De toute évidence, le Tribunal ne cherchait pas à définir le terme «conjoint», mais plutôt l'expression «situation de famille» dans le contexte particulier d'un avantage social. Quoi qu'il en soit, les législateurs et les tribunaux participent depuis longtemps à la définition des relations qui peuvent être reconnues à diverses fins. Les lois et les décisions qui en résultent ont souvent eu une incidence sur la structure de la famille. Toutefois, la famille n'est pas simplement une création juridique, et, bien que la loi puisse influencer sur son comportement ou sa structure, l'évolution des relations familiales

changing nature of family relationships also has an impact on the law. A review of our own legislation reveals the extent to which laws have changed to reflect the realities of families. The treatment of common law spouses is but one example. Law and Family have long been engaged in an Escherian dialectic, each shaping the other while at the same time being shaped. Therefore, in attempting to define "family status", the Tribunal found that it would be inadequate to consider the law without examining the family itself. In this case, the Tribunal considered that the interpretation of "family status" in the Act must account not only for current legal and societal conceptions, but also for the lived experience of family.

While it is arguable that the "traditional family" has an ideological stronghold, it is clear that a large number of Canadians do not live within traditional families. One cannot ignore the fact that, between 1970 and 1987, the divorce rate in Canada rose from 18.6 to 43.1 percent (*Marriage and Conjugal Life in Canada: Current Demographic Analysis*, by Jean Dumas and Yves Péron (1992), at p. 55). The Statistics Canada 1990 Family and Friends survey indicated that half of divorcees aged 30-39 and more than one-third of those aged 40-49 were living common-law (*Marriage and Conjugal Life in Canada, supra*, at p. 50). Many children do not live in nuclear families. For example, in the United States in 1982, it was reported that 25 percent of children under the age of 18 did not live with both biological parents (Bureau of the Census, U.S. Dep't. of Commerce, Current Population Reports, Special Studies Series P-20, No. 380, Marital Status and Living Arrangements: March 1982, at 5, Table F (1983), cited in Bartlett, "Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family Has Failed" (1984), 70 *Va. L. Rev.* 879, at pp. 880-81). Single-parent families, especially mother-led, are prevalent; an increasing number of parents never marry; divorce is common, as is remarriage; significant numbers of families are comprised of a husband and wife with no children at home; lesbians and homosexuals establish long-term and committed relation-

a aussi une incidence sur le droit. En examinant nos propres lois, on peut se rendre compte dans quelle mesure elles ont évolué afin de s'adapter aux réalités de la famille. Prenons par exemple le cas des conjoints de fait. Le droit et la famille, s'influençant réciproquement, font depuis longtemps l'objet d'une dialectique eschérienne. Par conséquent, pour tenter de définir l'expression «situation de famille», le Tribunal a conclu qu'il ne conviendrait pas de procéder à l'examen de la loi sans procéder à celui de la famille. En l'espèce, le Tribunal a jugé que l'interprétation de l'expression «situation de famille» dans la Loi devait tenir compte non seulement des conceptions juridiques et sociales courantes, mais aussi de l'évolution observée de la famille.

Bien que l'on puisse soutenir que la «famille traditionnelle» est un bastion idéologique, il est évident qu'un grand nombre de Canadiens ne vivent pas au sein de familles traditionnelles. On ne saurait ignorer le fait que le taux de divorce au Canada, entre 1970 et 1987, est passé de 18,6 à 43,1 pour 100 (*Mariage et vie conjugale au Canada: La conjoncture démographique*, Jean Dumas et Yves Péron (1992), à la p. 62). Selon l'enquête sur la famille et les amis réalisée par Statistique Canada en 1990, la moitié des divorcés entre 30 et 39 ans et plus d'un tiers de ceux ayant entre 40 et 49 ans vivaient en union libre (*Mariage et vie conjugale au Canada, op. cit.*, à la p. 55). De nombreux enfants ne vivent pas au sein de familles nucléaires. Par exemple, aux États-Unis en 1982, on a signalé que 25 pour 100 des enfants de moins de 18 ans vivaient avec un seul de leurs parents biologiques (Bureau of the Census, U.S. Dep't of Commerce, Current Population Reports, Special Studies Series P-20, No. 380, Marital Status and Living Arrangements: mars 1982, à la p. 5, Table F (1983), cité dans Bartlett, «Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family Has Failed» (1984), 70 *Va. L. Rev.* 879, aux pp. 880 et 881). Les familles monoparentales, dont le chef est souvent de sexe féminin, sont répandues; il existe de plus en plus de parents qui n'ont jamais été mariés; le divorce est fréquent, le remariage aussi; un grand nombre de familles sont com-

ships, and many are involved in raising and nurturing children (M. Mendola, *The Mendola Report: A New Look at Gay Couples* (1980); Phyllis Chesler, *Mothers on Trial: The Battle for Children and Custody* (1986)). As stated in the 1990 Statistics Canada Report *Women in Canada: A Statistical Report* (2nd ed. 1990), at p. 7:

The traditional family, made up of a married couple—with, or without children present—continued to decline in importance to the profit of other forms of living arrangements, both within and outside of the family.

The evidence before the Tribunal was that the traditional family form is not the only family form, but co-exists with numerous others. Though there are Canadians whose experience of family does in fact accord with the traditional model, the way many people in Canada currently experience family does not necessarily fit with this model. For example, Harriet Michel, in “The Case for the Black Family” (1987), 4 *Harv. BlackLetter J.* 21, gives a substantively different conception of family. She suggests that, in the U.S. black community,

[b]ecause slavery often denied us the right to live with our biological kin, our definition of family became any group of individuals who collectively come together in order to provide economic and emotional support to the members of the group.

Similarly, Carol B. Stack, in *All Our Kin: Strategies for Survival in a Black Community* (1974), examined the family networks of the black urban poor. She describes networks of kinship among these groups that are quite different from the traditional understandings of family. These kinship groups include relations based on blood, but extend to include people who would not fit within the traditional model of family. Stack concludes that in studying these families, it is important to look at the way they live, without trying to fit the relationships into the traditional categories. She notes, at p. 31:

posées d'une femme et d'un homme mariés, sans enfants au foyer; les lesbiennes et les homosexuels établissent des relations à long terme et bon nombre d'entre eux participent à l'éducation d'enfants (M. Mendola, *The Mendola Report: A New Look at Gay Couples* (1980); Phyllis Chesler, *Mothers on Trial: The Battle for Children and Custody* (1986)). Comme le mentionne Statistique Canada dans le rapport de 1990 intitulé: *Portrait statistique des femmes au Canada* (2^e éd. 1990), à la p. 7:

La famille traditionnelle composée d'un couple marié avec ou sans enfants a continué de régresser en importance, au profit d'autres arrangements, familiaux ou non familiaux.

Selon la preuve présentée au Tribunal, la famille traditionnelle n'est pas le seul type de famille, mais un parmi bien d'autres. Certes, il existe des Canadiens dont la vie de famille est compatible avec le modèle traditionnel; toutefois, pour beaucoup de personnes au Canada, ce n'est pas nécessairement le cas. Par exemple, Harriet Michel, dans «The Case for the Black Family» (1987), 4 *Harv. BlackLetter J.* 21, présente une conception fort différente de la famille. Relativement à la collectivité noire, elle affirme,

[TRADUCTION] [p]arce que l'esclavage nous a souvent privés du droit de vivre avec nos parents biologiques, notre définition de la famille en est venue à englober tout groupe de personnes qui se regroupent pour offrir un soutien économique et psychologique à ses membres.

De même, dans *All Our Kin: Strategies for Survival in a Black Community* (1974), Carol Stack a examiné les réseaux de familles de la communauté urbaine noire défavorisée. Elle décrit des réseaux de parenté entre ces groupes qui sont fort différents de la notion traditionnelle de la famille. Ces groupes de parents se composent de personnes possédant des liens de consanguinité, mais aussi de personnes qui ne seraient pas incluses dans le modèle traditionnel de la famille. M^{me} Stack conclut que, dans l'étude de ces familles, il importe d'en examiner le mode de vie, sans tenter de classer les relations dans des catégories traditionnelles. Elle dit, à la p. 31:

An arbitrary imposition of widely accepted definitions of the family, the nuclear family, or the matrifocal family blocks the way to understanding how people in The Flats describe and order the world in which they live.

An important insight could be drawn from these comments. While the structure of the family may be a question of choice for some, for others the structure of family may be in part a natural response to social and political pressures. The definition of "family" is thus capable of adapting to changes in the family structure which are caused by such pressures.

In defining the scope of the protection for "family status", the Tribunal considered it essential not only to look at families in the traditional sense, but also to consider the values that lie at the base of our support for families. To look beyond the specific forms a family might take is to ask what value one sees in the family and what lies at the base of society's desire to recognize and support families. In order to define "family status", it is no error to examine the underlying values of families so that, as Lisa R. Zimmer says in "Family, Marriage, and the Same-Sex Couple" (1990), 12 *Cardozo L. Rev.* 681, at p. 699, "actual families, rather than theoretical stereotypes, may enjoy their protected status" (emphasis in original).

There are a variety of values that may lie at the base of society's support of the family. The state focuses on the family as an organizing structure of society. It is argued that the state has an interest in the family as a vehicle to promote social stability. The comments made in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 848, are germane here:

Many believe that marriage and the family provide for the emotional, economic, and social well-being of its members. It may be the location of safety and comfort, and may be the place where its members have their most intimate human contact. Marriage and the family act as

[TRADUCTION] L'application arbitraire de définitions généralement acceptées de la famille, soit la famille nucléaire ou la famille matrilinéaire, ne nous permet pas de comprendre comment les personnages dans The Flats décrivent et organisent le monde dans lequel ils vivent.

On peut tirer une importante leçon de ces commentaires. Bien que la structure de la famille puisse être une question de choix pour certains, elle peut en partie constituer, pour d'autres, une réponse naturelle aux pressions sociales et politiques. La définition du terme «famille» peut en conséquence s'adapter à l'évolution de la structure familiale qu'entraînent ces pressions.

Pour définir l'étendue de la protection contre la discrimination fondée sur la «situation de famille», le Tribunal a jugé essentiel d'examiner non seulement le modèle traditionnel de la famille, mais aussi les valeurs qui sous-tendent l'appui que nous donnons à la famille. Aller au-delà de l'examen des types spécifiques de famille, c'est se demander quelle valeur on prête à la famille et sur quoi se fonde le désir de la société de reconnaître et de soutenir la famille. Pour définir l'expression «situation de famille», on ne commet pas d'erreur en examinant les valeurs familiales sous-jacentes pour que, comme Lisa R. Zimmer le précise dans «Family, Marriage, and the Same-Sex Couple» (1990), 12 *Cardozo L. Rev.* 681, à la p. 699: [TRADUCTION] «la famille véritable, et non des stéréotypes théoriques, puisse bénéficier de la protection que lui confère son statut» (en italique dans l'original).

Il existe toute une gamme de valeurs susceptibles d'expliquer pourquoi la société appuie la famille. L'État met l'accent sur la famille comme structure d'organisation sociale. Certains soutiennent que l'État s'intéresse à la famille comme moyen de promouvoir la stabilité sociale. Les commentaires que l'on retrouve dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, à la p. 848, sont particulièrement pertinents:

Nombreux sont ceux qui croient que le mariage et la famille assurent le bien-être émotif, économique et social des membres de la cellule familiale. Celle-ci peut être un havre de sécurité et de confort, ainsi qu'une oasis où ses membres ont leur contact humain le plus

an emotional and economic support system as well as a forum for intimacy. In this regard, it serves vital personal interests, and may be linked to building a "comprehensive sense of personhood". Marriage and the family are a superb environment for raising and nurturing the young of our society by providing the initial environment for the development of social skills. These institutions also provide a means to pass on the values that we deem to be central to our sense of community.

The Tribunal found that these values are not exclusive to the traditional family and can be advanced in other types of families. For example, while many see marriage as an indicator of stability, it appears from the current rate of marriage breakdown that heterosexual union is not an absolute guarantee of stability. As Hugessen J. noted in *Schaap v. Canadian Armed Forces*, [1989] 3 F.C. 172, at p. 184:

It is a commonplace that the existence of the marriage bond is no guarantee of the permanency and stability of a relationship, just as its absence is no sure indicator of a mere passing fancy.

Stability is a desirable value, but may be achieved in a variety of family forms (Lisa R. Zimmer, *supra*, at note 103; "Homosexuals' Right to Marry: A Constitutional Test and a Legislative Solution" (1979), 128 *U. Pa. L. Rev.* 193.) It could certainly not have been lost on the Tribunal that long-lasting and stable relationships have been maintained outside the bounds of legal marriage, as well as within same-sex relationships.

These comments also apply to intimate and emotional relationships. These relationships are often conceptualized as heterosexual, and it is often thought that people will form their most intimate and emotionally rewarding relationships with a heterosexual partner. However, the Tribunal was of the view that many individuals have found their most fulfilling relationships outside of marriage, and even outside of sexual relationships completely. In its view, it is to be bound by myth to assume that only heterosexual couples are capable of forming loving caring stable relationships.

intime. Le mariage et la famille représentent un système de soutien émotif et économique aussi bien qu'un lieu d'intimité. À cet égard, la cellule familiale sert des intérêts personnels vitaux et elle peut être liée au développement d'un «sens global de la personnalité». Le mariage et la famille constituent un magnifique environnement pour élever et éduquer les jeunes de notre société en leur fournissant le premier milieu de développement des capacités d'interaction sociale. Ces institutions constituent, en outre, le moyen de transmettre les valeurs que nous jugeons essentielles à notre sens de la collectivité.

Le Tribunal a conclu que ces valeurs n'étaient pas propres à la famille traditionnelle et qu'elles peuvent exister à l'intérieur d'autres types de familles. Par exemple, nombreux sont ceux qui considèrent le mariage comme un signe de stabilité, pourtant le taux actuel de rupture des mariages indiquerait plutôt qu'une union hétérosexuelle n'est pas un gage absolu de stabilité. Comme l'indique le juge Hugessen dans l'arrêt *Schaap c. Forces armées canadiennes*, [1989] 3 C.F. 172, à la p. 184:

C'est un lieu commun d'affirmer que les liens du mariage ne sont pas garants de la permanence ni de la stabilité d'une relation, tout comme leur absence n'est pas nécessairement le signe d'une simple amourette.

La stabilité est une valeur souhaitable, mais on peut y parvenir dans divers types de famille. (Lisa R. Zimmer, *loc. cit.*, note 103; «Homosexuals' Right to Marry: A Constitutional Test and a Legislative Solution» (1979), 128 *U. Pa. L. Rev.* 193.) Le Tribunal n'était pas sans savoir que des relations stables de longue durée ont été établies en dehors des liens du mariage légal et au sein de relations entre personnes de même sexe.

Ces commentaires s'appliquent également aux relations intimes et émotives, souvent qualifiées d'hétérosexuelles, puisque l'on croit souvent qu'une personne établira ses relations les plus intimes et émotives avec un partenaire hétérosexuel. Toutefois, le Tribunal était d'avis que beaucoup de personnes ont formé leurs relations les plus satisfaisantes en dehors des liens du mariage, voire même en dehors de toute relation sexuelle. Selon le Tribunal, c'est un mythe de croire que seuls les couples hétérosexuels peuvent établir des relations amoureuses stables. Claudia Lewis, dans

Claudia Lewis, in "From This Day Forward: A Feminine Moral Discourse on Homosexual Marriage" (1988), 97 *Yale L. J.* 1783, at p. 1791, argues that it is in the nature of humankind to attempt to form family bonds, that this desire is deeply socially ingrained, and that it is not dependent on heterosexual orientation. Similarly Lisa R. Zimmer, *supra*, at p. 706 says:

... choice of a life partner is just as important for homosexuals as it is for heterosexuals. It is a decision which "fundamentally affect[s] a person" because it is a decision of self-defining import. . . . [T]he underlying values of family are not altered by sexual orientation. . .

If there is value in encouraging individuals to form stable and emotionally intimate relationships, such relationships can be forged and maintained in a wide variety of family forms. The emotional and economic safety nets forged by same-sex couples and their families were found not to be without value to society at large.

It was argued by the intervener Focus on the Family that one of the values of the family is its importance to society in fostering procreation, and that procreation requires families to be heterosexual. The argument is that procreation is somehow necessary to the concept of family, and that same-sex couples cannot be families as they are incapable of procreation. Though there is undeniable value in procreation, the Tribunal could not have accepted that the capacity to procreate limits the boundaries of family. If this were so, childless couples and single parents would not constitute families. Further, this logic suggests that adoptive families are not as desirable as natural families. The flaws in this position must have been self-evident. Though procreation is an element in many families, placing the ability to procreate as the inalterable basis of family could result in an impoverished rather than enriched vision.

It was also argued by the intervener Focus on the Family that the traditional family provides the

«From This Day Forward: A Feminine Moral Discourse on Homosexual Marriage» (1988), 97 *Yale L.J.* 1783, à la p. 1791, soutient qu'il est dans la nature humaine de tenter de former des liens familiaux et que c'est un désir profondément ancré socialement, nullement relié à l'orientation hétérosexuelle. Lisa R. Zimmer, *loc. cit.*, exprime aussi une opinion semblable à la p. 706:

a [TRADUCTION] . . . le choix d'un partenaire de vie est tout aussi important pour les homosexuels que pour les hétérosexuels. C'est une décision qui «touche fondamentalement une personne» en ce qu'il s'agit d'une décision qui a une signification personnelle. [. . .] [L]es valeurs sous-jacentes de la famille ne dépendent pas de l'orientation sexuelle . . .

d S'il convient d'inciter les gens à former des relations stables et émotivement intimes, il faut préciser que ces relations peuvent être établies et entretenues à l'intérieur de divers types de familles. On a constaté que les liens émotifs et économiques noués par des couples de même sexe et leur famille ne sont pas sans importance pour l'ensemble de la société.

f Selon l'intervenant Focus on the Family, une des valeurs de la famille pour la société tient au fait qu'elle favorise la procréation, ce qui suppose un couple hétérosexuel. Il fait valoir que la procréation est en quelque sorte nécessaire au concept de la famille et que les couples de même sexe ne peuvent constituer des familles car ils ne peuvent procréer. Bien que la procréation présente une valeur indéniable, le Tribunal n'aurait pu accepter que la capacité de procréer vienne limiter la conception de la famille. Si tel était le cas, les couples sans enfants et les parents seuls ne constitueraient pas des familles. Si l'on suit cette logique, une famille adoptive ne serait pas aussi souhaitable qu'une famille naturelle. Cet argument présente des faiblesses évidentes. Bien que la procréation soit un élément de la composition de nombreuses familles, considérer la capacité de procréer comme le fondement inaltérable de la famille ne ferait que contribuer à l'appauvrissement et non à l'enrichissement du concept de la famille.

j L'intervenant Focus on the Family a aussi soutenu que la famille traditionnelle offre le milieu le

most favourable environment for raising children. Many people in society are still influenced by myth and stereotype concerning the ability of same-sex couples to raise and nurture the children of one or the other. Children raised by lesbians and homosexual men, according to Susan Golombok, are not necessarily different from children raised by heterosexuals (S. Golombok, A. Spencer and M. Rutter, "Children in Lesbian and Single-Parent Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal" (1983), 24 *J. Child Psychol. Psychiat.* 551; comments in A. Sage, "Can gay couples be good parents", *The Independent on Sunday*, March 10, 1991; Gregory M. Herek, "Myths About Sexual Orientation: A Lawyer's Guide to Social Science Research" (1991), 1 *Law & Sexuality* 133). What is important is that children be nurtured. The critical factor is not the family form, nor the presence of mixed sex role models, but the provision of a loving and nurturing environment. From this perspective, the ideal family is one which meets the needs of its members, and best attempts to realize the values that lie at the base of family. As Jane Larson says:

It is the social utility of families that we all recognize, not any one proper form that "the family" must assume; it is the responsibility and community that the family creates that is its most important social function and its social value.

("Discussion" (1992), 77 *Cornell L. Rev.* 1012, at p. 1014.)

Families, both traditional and otherwise, have not always succeeded in the promotion of these values. As Adrienne Rich notes in "Husband-Right and Father-Right" in *On Lies, Secrets, and Silence* (1979), at p. 219:

The "preservation of the family" is quoted as an abstract principle without considering the quality of life within the family, or the fact that families may be held together by force, legally sanctioned terrorism, and the threat of violence.

plus favorable pour élever des enfants. Nombre de personnes dans la société sont encore influencées par des mythes et des stéréotypes quant à la capacité des couples de même sexe d'élever les enfants de l'un ou l'autre des partenaires. Selon Susan Golombok, les enfants élevés par des lesbiennes ou des homosexuels ne sont pas nécessairement différents des enfants élevés par des hétérosexuels (S. Golombok, A. Spencer et M. Rutter, «Children in Lesbian and Single-Parent Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal» (1983), 24 *J. Child Psychol. Psychiat.* 551; voir aussi les commentaires de A. Sage, «Can gay couples be good parents», *The Independent on Sunday*, 10 mars 1991, et de Gregory M. Herek, «Myths About Sexual Orientation: A Lawyer's Guide to Social Science Research» (1991), 1 *Law & Sexuality* 133). C'est le bien-être des enfants qui importe. Le facteur important n'est pas le type de famille, ni la présence de modèles incarnant les rôles des deux sexes, mais bien l'établissement d'un environnement chaleureux et propice au bien-être. Selon cette conception, la famille idéale est celle qui répond aux besoins de ses membres et qui tente le mieux possible de réaliser les valeurs qui sous-tendent le fondement de la famille. Comme l'affirme Jane Larson:

[TRADUCTION] C'est l'utilité sociale des familles que nous reconnaissons tous, et non une forme d'utilité particulière que «la famille» devrait avoir; c'est le sens de responsabilité et la collectivité que la famille crée qui constituent sa fonction sociale la plus importante et sa valeur sociale.

(«Discussion» (1992), 77 *Cornell L. Rev.* 1012, à la p. 1014.)

Les familles, traditionnelles ou autres, n'ont pas toujours réussi à favoriser ces valeurs. Comme le fait remarquer Adrienne Rich dans «Husband-Right and Father-Right» dans *On Lies, Secrets, and Silence* (1979), à la p. 219:

[TRADUCTION] On considère la «sauvegarde de la famille» comme un principe abstrait, sans tenir compte de la qualité de vie au sein de la famille, ou du fait que les familles restent parfois unies par le recours à la force, au terrorisme sanctionné par la loi et à la menace de violence.

Not all families are or have been sites of happiness, fulfilment and joy for their members. This Court has had many occasions to consider incidents of emotional, physical and sexual violence within families. It goes without saying that the values that lie at the base of society's desire to protect families are not always or even necessarily met within the family.

The reality is, as Didi Herman writes in "Are We Family?: Lesbian Rights and Women's Liberation" (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 789, at p. 802, that families are "sites of contradiction". Some people find family life oppressive, others seek supportive family relations but cannot find them. While the family may provide emotionally satisfying experiences, it may also be the site of brutal, violent and terrifying experiences. However, despite the very real potential for oppression within the family, most people continue to believe that the family also has the potential to be the site of our most important human connections, and that it is these intimate connections that offer the greatest possibilities for individual fulfilment. It is the connections themselves, not simply the form they take, that are important. Jewelle Gomez, in "Repeat After Me: We Are Different. We Are the Same." (1986), 14 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 935, at p. 939, says:

... our family as we construct it is our survival mechanism, and few of us would be willing to relinquish it. It is impossible for us to imagine moving forward without our families.

Given the range of human preferences and possibilities, it is not unreasonable to conclude that families may take many forms. It is important to recognize that there are differences which separate as well as commonalities which bind. The differences should not be ignored, but neither should they be used to de-legitimize those families that are thought to be different, and as Audre Lorde puts it in "Age, Race, Class, and Sex: Women

Ce ne sont pas toutes les familles qui sont sources de bonheur, d'accomplissement et de joie pour leurs membres. Notre Cour a dû, à maintes reprises, examiner des cas de violence émotive, physique et sexuelle à l'intérieur de familles. Il va sans dire que les valeurs qui sous-tendent le désir de la société de protéger les familles ne sont pas toujours ou même nécessairement présentes au sein de la famille.

La réalité, comme l'affirme Didi Herman dans «Are We Family?: Lesbian Rights and Women's Liberation» (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 789, à la p. 802, est que les familles sont des [TRADUCTION] «lieux de contradiction». Certains considèrent la vie de famille comme accablante, d'autres souhaitent trouver un appui dans leurs relations familiales, mais n'y parviennent pas. Bien que la famille puisse être la source d'expériences satisfaisantes sur le plan émotif, elle peut aussi être le théâtre d'expériences brutales, violentes et terrifiantes. Toutefois, malgré le risque très réel d'oppression au sein de la famille, la plupart des gens continuent de croire que la famille peut aussi constituer la source de nos rapports humains les plus importants et que ce sont ces rapports intimes qui offrent les plus grandes possibilités de satisfaction personnelle. Ce sont les rapports mêmes, et non simplement la forme qu'ils prennent, qui sont importants. Jewelle Gomez affirme dans «Repeat After Me: We Are Different, We Are the Same» (1986), 14 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 935, à la p. 939:

[TRADUCTION] ... la famille, selon la forme que nous lui donnons, est notre mécanisme de survie, et peu d'entre nous seraient disposés à y renoncer. Il nous est impossible de songer à progresser sans nos familles.

Vu la gamme de préférences et de possibilités qui existent, il n'est pas déraisonnable de conclure que les familles peuvent prendre de nombreuses formes. Il importe de reconnaître qu'il y aura toujours entre elles des différences ainsi que des points communs. Il ne faut ni oublier ces différences ni s'en servir pour nier tout caractère légitime aux familles jugées différentes; comme l'affirme Audre Lorde dans «Age, Race, Class, and

Redefining Difference” in *Sister Outsider* (1984), 114, at p. 122:

... we must recognize differences among [people] who are our equals, neither inferior nor superior, and devise ways to use each others' difference to enrich our visions and our joint struggles.

Though not all people structure their family relations in the same manner, it is clear that there are common problems. Today, families of all descriptions are subject to pressures that are often shattering. Changes in the economy mean that most families feel that they need the wages of two adult workers. At the same time, families must often care for the young, elderly, and ill, with little help from the larger community. Although these problems are shared by all forms of families, they are further exacerbated in families whose legitimacy is called into question. Given these pressures and responsibilities, it would seem that it is in society's interest to improve conditions to enable families to function as best they can, free from discrimination.

In light of all this, it is interesting to note that, in some ways, the debate about family presents society with a false choice. It is possible to be pro-family without rejecting less traditional family forms. It is not anti-family to support protection for non-traditional families. The traditional family is not the only family form, and non-traditional family forms may equally advance true family values.

The above discussion is not intended to provide an authoritative definition of what constitutes the family, but is rather to illustrate that a purposive approach to the term “family status” can result in an interpretation that can vary depending on the specific context. In the context of the claim made by Mr. Mossop, the Tribunal found that a unilateral and inflexible definition of “family status” could not accord with the purpose of the Act. As the Tribunal explained, “[t]he possibilities inherent

Sex: Women Redefining Difference» dans *Sister Outsider* (1984), 114, à la p. 122:

[TRADUCTION] ... nous devons reconnaître les différences qui existent entre [les gens] qui sont nos égaux, ni inférieurs ni supérieurs, et concevoir des façons d'utiliser ces différences pour enrichir nos conceptions et nos luttes communes.

Bien que tous ne structurent pas leurs relations familiales de la même façon, il existe de toute évidence des problèmes communs. À l'heure actuelle, les familles de toutes sortes sont en proie à des pressions souvent accablantes. Vu les changements dans l'économie, la plupart des familles estiment avoir besoin du salaire de deux travailleurs adultes. Par ailleurs, la famille doit souvent prodiguer des soins aux enfants, aux personnes âgées et aux malades, sans vraiment recevoir d'aide de l'ensemble de la collectivité. Bien que ces problèmes soient communs à tous les types de famille, ils sont exacerbés dans les familles dont le caractère légitime est mis en doute. Étant donné ces pressions et responsabilités, il semblerait être dans l'intérêt de la société d'améliorer les conditions pour permettre aux familles de fonctionner le mieux possible, sans être victimes de discrimination.

Compte tenu de ce qui précède, il est intéressant de noter que, à certains égards, le débat sur la famille offre un faux choix à la société. On peut être en faveur de la famille sans rejeter pour autant les types de familles moins traditionnels. Ce n'est pas attaquer la famille que d'appuyer la protection des familles non traditionnelles. La famille traditionnelle n'est pas le seul type de famille, et les types de familles non traditionnels peuvent aussi véhiculer de véritables valeurs familiales.

Cette analyse ne vise pas à établir une définition faisant autorité de ce qui constitue la famille, mais bien à illustrer qu'une analyse fondée sur l'objet de l'expression «situation de famille» peut donner lieu à une interprétation qui peut varier selon le contexte. Dans le contexte de la demande présentée par M. Mossop, le Tribunal a conclu qu'une définition unilatérale et rigide de l'expression «situation de famille» ne pouvait être compatible avec l'objet de la Loi. Comme l'explique le Tribu-

in the term 'family' are many and complex." (p. D/6092) Cognizant that the purpose of the Act could be subverted by an inappropriate definition, the Tribunal fully appreciated the values at the base of "family", and had a clear understanding of the need to interpret the term in a manner that would accord with the purpose of the Act. The Tribunal expressed the view, at p. D/6094, that:

In applying the principles of interpretation, the task of the Tribunal is to select a meaning which the term "family status" is reasonably capable of bearing, and that best accords with the intention of Parliament, the object of the Act and the scheme of the Act. The Tribunal rejects the view that it must select an exhaustive or all-inclusive meaning. The Act will be invoked in many different sets of circumstances, and the term "family status" inherently has some scope, as it cannot be said to refer to an immutable characteristic, apart perhaps from consanguinity, which may itself be uncertain. The question for the Tribunal, then, is not what is the reasonable meaning, but what is a reasonable meaning, which best accords with the Act. [Emphasis in original.]

The Tribunal did not conclude that there is one definition which will serve for all purposes, but rather determined that the task was to find a reasonable meaning which advanced the rights contained in the Act. Following this approach, it made this assertion, at p. D/6094:

The Tribunal, giving the term "family status" a reasonable meaning which is neither the narrowest meaning of the term nor a minimizing of rights under the Act, holds that, *prima facie*, homosexuals in a relationship are not excluded from relying on that prohibited ground of discrimination.

On the evidence before it and in the context of the Act, the Tribunal concluded that the potential scope of the term "family status" is broad enough that it does not *prima facie* exclude same-sex couples. In making this finding, the Tribunal used the proper interpretational approach and considered the purpose of the Act and the values at the base of the protection of families. This is a matter that lay at the heart of the Tribunal's specialized jurisdiction and expertise, and it cannot be said

nal, à la p. D/6092, «[l]es possibilités inhérentes du mot «famille» sont nombreuses et fort complexes». Reconnaissant que l'objet de la Loi pourrait être contrecarré par une définition inadéquate, le Tribunal était parfaitement conscient des valeurs à la base de la «famille» et a bien compris la nécessité d'interpréter le terme d'une façon compatible avec l'objet de la Loi. Le Tribunal dit, à la p. D/6094:

Relativement à l'application des principes d'interprétation, la tâche du Tribunal consiste à choisir une signification que l'expression «situation de famille» peut raisonnablement avoir, signification qui s'harmonise de la meilleure façon possible avec la volonté du Parlement, l'objet de la Loi et l'intention générale de la Loi. Le Tribunal rejette l'opinion qu'il doit choisir une signification limitative ou globale. On fera appel à la Loi en plusieurs circonstances diverses et l'expression «situation de famille» a une certaine portée inhérente puisque l'on ne saurait prétendre qu'elle décrit une caractéristique immuable, à l'exception possible de la consanguinité, et cela n'est pas très sûr. La question que doit alors trancher le Tribunal n'est pas de déterminer quelle est la signification raisonnable, mais plutôt quelle est une signification raisonnable, qui s'harmonise de la meilleure façon possible avec la Loi. [En italique dans l'original.]

Le Tribunal n'a pas conclu qu'il existe une définition polyvalente, mais a plutôt affirmé qu'il devait choisir une signification raisonnable susceptible de promouvoir les droits garantis par la Loi. En ce sens, il fait l'affirmation suivante, à la p. D/6094:

Le Tribunal, en donnant à l'expression «situation de famille» une signification raisonnable, laquelle n'est ni la plus étroite signification de l'expression, ni une limitation des droits accordés par la Loi, est d'avis qu'à première vue on ne saurait empêcher les homosexuels ayant une relation d'invoquer ce motif de distinction illicite.

Selon la preuve dont il disposait et dans le contexte de la Loi, le Tribunal a conclu que le sens possible de l'expression «situation de famille» est suffisamment large pour ne pas exclure à première vue les couples de même sexe. Pour arriver à cette conclusion, il s'est fondé sur la méthode d'interprétation applicable et a examiné l'objet de la Loi ainsi que les valeurs qui sous-tendent la protection des familles. C'est une question qui touche directement à la compétence spécialisée et à l'expertise

that this conclusion is at all unreasonable, *a fortiori* patently unreasonable. As the Tribunal notes, at p. D/6094:

It must be remembered that to exclude any person from invoking a prohibited ground of discrimination bars any further consideration of the matter under the Act, with potentially serious consequences for individuals. In the view of this Tribunal, such an approach to definition does not give effect to, or advance, the special purpose of the Act as stated in s. 2.

Whatever definition I myself would have adopted, I would not substitute my opinion for the Tribunal's conclusion based on its specialized field of expertise and the evidence before it. Its conclusion is in accord with the broad and purposive interpretation warranted in human rights legislation and is one that, given its purpose, the Act can bear.

Against this broad conceptual definition of the term "family status" in s. 3 of the Act, the Tribunal proceeded to determine, as a question of fact, whether the relationship of Mr. Mossop, Mr. Popert and their relatives was one of a "family status" nature in the specific and factual context of Mr. Mossop's claim for bereavement leave.

6. "Family Status" in Context

The Tribunal did not ignore the difficulties involved in finding a practical and reasonable definition which could be applied to determine whether or not "family status" would apply in the matter before them. Given its interpretation of that term as set out in s. 3 of the Act, and accepting that there is no one definition which could serve for all purposes, the Tribunal adopted a functional approach which it describes at p. D/6094:

As a practical matter, the Tribunal agrees with the complainant that terms should not be confined to their historical roots, but must be tested in today's world, against an understanding of how people are living and how language reflects reality. Dr. Eichler's evidence, as well as that of the complainant, was helpful in making these assessments.

du Tribunal; on ne saurait affirmer que cette conclusion est le moins déraisonnable, à plus forte raison manifestement déraisonnable. Comme l'affirme le Tribunal, à la p. D/6094:

On doit se rappeler que le fait d'interdire à une personne quelconque d'alléguer un motif illicite de distinction prohibe tout examen ultérieur de la question selon la Loi, et cela pourrait entraîner de graves conséquences pour les individus. Le Tribunal est d'avis que le fait d'adopter une telle approche à la définition ne favoriserait ni ne réaliserait l'objet spécial de la Loi tel qu'énoncé à l'art. 2.

Quelle que soit la définition que j'aurais adoptée, je ne substituerai pas mon opinion à la conclusion du Tribunal qui est formulée dans le cadre de son domaine d'expertise et basée sur la preuve qui lui a été présentée. Sa conclusion correspond à l'interprétation large et fondée sur l'objet que l'on préconise en matière de droits de la personne, et elle en est une que, vu son objet, la Loi peut soutenir.

Une fois établie cette définition large de l'expression «situation de famille» figurant à l'art. 3 de la Loi, le Tribunal a ensuite examiné si, dans les faits, M. Mossop, M. Popert et leur parenté avaient une relation de cette nature dans le contexte spécifique et factuel de la demande de congé de deuil de M. Mossop.

6. La «situation de famille» en contexte

Le Tribunal n'ignorait pas qu'il était difficile de trouver une définition pratique et raisonnable qui pourrait servir à déterminer si l'expression «situation de famille», à l'art. 3 de la Loi, caractérise la situation en l'espèce. Vu l'interprétation qu'il a donnée à cette expression, et acceptant qu'il n'existe pas une seule définition polyvalente, le Tribunal a adopté une approche fonctionnelle qu'il décrit, à la p. D/6094:

Cela signifie en pratique que le Tribunal partage l'opinion du plaignant à l'effet que les termes ne doivent pas se limiter à leur acception traditionnelle, mais doivent plutôt être mesurés dans le monde d'aujourd'hui, en fonction d'une compréhension de la vie courante et de la façon dont la langue reflète cette réalité. Le témoignage du Dr Eichler, ainsi que celui du plaignant, ont été fort utiles pour en arriver à ces conclusions.

Dr. Eichler's evidence was that it is possible to determine whether or not a family exists for a given purpose by using a functional approach. The functional approach involves an examination of a cluster of variables that may be commonly found in families. These variables might include the existence of a relationship of some standing in terms of time and with the expectation of continuance, self-identification as a family, holding out to the public of the unit as a family, an emotional positive involvement, sexual union, raising and nurturing of children, caregiving to children or adults, shared housework, internal division of life-maintenance tasks, co-residence, joint ownership or joint use of property or goods, joint bank accounts, and naming of other party as beneficiary of a life insurance policy. Dr. Eichler noted that the list is not exhaustive, nor is it determinative. Not all variables are present in any given family, and there is no one variable that is present in all families.

This type of approach was used in the U.S. case *Braschi v. Stahl Associates Co.*, 74 N.Y.2d 201 (1989), at pp. 212-13. The court, in determining whether or not a same-sex couple was a family for the purpose of rent control benefits, considered a variety of factors including:

... the exclusivity and longevity of the relationship, the level of emotional and financial commitment [of the partners to each other], the manner in which the parties have conducted their everyday lives and held themselves out to society, and the reliance placed upon one another for daily family services.

In that case, the majority emphasised that no one factor was individually dispositive, and that it was the totality of the relationship which should control.

Some commentators have pointed out that the functional approach is not without potential difficulties. In this regard, I would refer to "Looking for a Family Resemblance: The Limits of the Functional Approach to the Legal Definition of

Dans son témoignage, le Dr Eichler a affirmé que l'on peut déterminer l'existence d'une famille pour une fin donnée à partir d'une approche fonctionnelle. Cette approche nécessite l'examen de toute une série de variables que l'on rencontre habituellement dans les familles, dont l'existence d'une relation établie depuis un certain temps, qui doit en principe se poursuivre, le fait de s'identifier comme famille, le fait que la cellule en question se présente publiquement comme une famille, l'existence de liens émotifs positifs et de relations sexuelles, l'éducation et le bien-être des enfants, le soin d'enfants ou d'adultes, le partage des tâches domestiques, la division des travaux quotidiens d'entretien, la cohabitation, la copropriété ou l'utilisation conjointe des biens, les comptes bancaires conjoints et la désignation de l'autre partie comme bénéficiaire d'une police d'assurance-vie. Le Dr Eichler a précisé qu'il ne s'agit pas là d'une liste exhaustive ni déterminante. Ce ne sont pas toutes les variables qui sont présentes dans une famille donnée, et il n'existe pas une variable précise qui est toujours présente dans toutes les familles.

Ce type d'approche a été utilisé dans l'arrêt américain *Braschi c. Stahl Associates Co.*, 74 N.Y.2d 201 (1989), aux pp. 212 et 213. Pour déterminer si un couple du même sexe constituait une famille aux fins de la fixation du loyer, le tribunal a examiné un certain nombre de facteurs:

[TRADUCTION] ... l'exclusivité et la durée de la relation, le degré de la relation émotive et financière [des partenaires l'un envers l'autre], la façon dont les parties se conduisent dans leur vie de tous les jours et dont elles se présentent publiquement, et le fait qu'elles se font mutuellement confiance relativement à l'accomplissement des services courants au sein d'une famille.

Dans cet arrêt, le tribunal, à la majorité, a précisé qu'il n'y avait pas un seul facteur déterminant et que c'est l'ensemble de la relation qu'il fallait examiner.

Certains commentateurs ont indiqué que l'approche fonctionnelle risque de soulever des difficultés. Sur ce sujet, on peut se reporter à l'article «Looking for a Family Resemblance: The Limits of the Functional Approach to the Legal Definition

Family" (1991), 104 *Harv. L. Rev.* 1640. The use of a functional approach would be problematic if it were used to establish one model of family as the norm, and to then require families to prove that they are similar to that norm. It is obvious that the application of certain variables could work to the detriment of certain types of families. By way of example, the requirement that a couple hold themselves out to the public as a couple may not, perhaps, be appropriate to same-sex couples, who still often find that public acknowledgement of their sexual orientation results in discriminatory treatment. It is also possible that a functional model may be used to subject non-traditional families to a higher level of scrutiny than families who appear to conform more to the traditional norm. Counsel for the respondents raised concerns relating to the practicability of this approach. In response, the Tribunal remarked that the "identification of the difficulties which arise from application of the term must be separated from [the] solution to these difficulties" (p. D/6093) and concluded that, in spite of such difficulties, the functional approach was helpful in making an assessment "tested in today's world, against an understanding of how people are living" (p. D/6094).

In adopting a functional approach, the Tribunal was acting within its jurisdiction, and cannot be said to have chosen an arbitrary method. Every method has its drawbacks. A functional approach offers distinct advantages over a more formalistic approach which systematically excludes all but a specific form of relationship. Further, it provides an objective yet flexible standard, which allows for a more accurate recognition of a greater number of family groupings which share characteristics which are thought to be essential in specific contexts. It does not mandate that certain variables must be present, nor dictate the weight of any given variable. In different contexts, different variables will have more, less or perhaps even no weight. However, the weight of any given variable can only be determined in the specific context. The functional approach has the additional attraction of being a well-rounded test which, by incorporating

of Family» (1991), 104 *Harv. L. Rev.* 1640. Ainsi, une approche fonctionnelle soulèverait des problèmes si elle était utilisée pour établir un modèle de famille type et exiger ensuite des familles qu'elles prouvent leur compatibilité avec la norme. De toute évidence, l'application de certaines variables pourrait défavoriser certains types de familles. Par exemple, l'exigence qu'un couple se présente publiquement comme tel pourrait peut-être ne pas être appropriée dans le cas de couples de même sexe, qui estiment encore souvent qu'ils sont victimes de discrimination lorsque leur orientation sexuelle est connue. Une approche fonctionnelle pourrait aussi donner lieu à un examen plus approfondi de la situation des familles non traditionnelles que de celle des familles qui paraissent répondre davantage à la norme traditionnelle. L'avocat des intimés a exprimé des réserves quant à l'application pratique de cette approche. En réponse, le Tribunal a fait remarquer, aux pp. D/6093 et D/6094, que l'«on doit établir une distinction entre l'identification [. . .] des difficultés rattachées à l'application de cette expression et la solution [. . .] à telles difficultés», et il a conclu que, malgré ces difficultés, l'approche fonctionnelle permet de faire une évaluation «dans le monde d'aujourd'hui, en fonction d'une compréhension de la vie courante» (à la p. D/6094).

En adoptant une approche fonctionnelle, le Tribunal a agi dans les limites de sa compétence, et on ne saurait soutenir qu'il a choisi une méthode arbitraire. Toute méthode comporte des lacunes. L'approche fonctionnelle offre des avantages distincts par rapport à une approche plus formaliste qui exclut systématiquement tous les types de relations, sauf un type bien précis. Par ailleurs, elle établit une norme souple mais objective, qui permet de dresser un tableau plus juste d'un plus grand nombre de groupes familiaux qui partagent des caractéristiques jugées essentielles dans des contextes spécifiques. Cette approche n'exige pas la présence de certaines variables et ne dicte pas l'importance d'une variable donnée. Dans des contextes différents, des variables différentes auront une importance supérieure, inférieure ou peut-être même nulle. Toutefois, l'importance d'une variable donnée ne pourra être déterminée que dans un

a
b
c
d
e
f
g
h
i
j

a greater number of factors, may assist a tribunal in making determinations as to whether or not a family exists for a given purpose. This approach provides guidance to tribunals, yet retains a strong element of flexibility. As society's understanding of family relationships continues to develop and evolve, this approach will allow such a definition to remain more readily adaptable to the realities of families in specific contexts. Although there are other approaches, the choice made by the Tribunal was certainly not unreasonable.

Utilizing this functional approach, the Tribunal was required to determine whether or not Mr. Mossop and Mr. Popert could properly be considered to come within the scope of "family status". In reaching a determination, the Tribunal noted the importance of remaining focused on the purpose of the Act, and on an understanding of how people are living. It confirmed (at p. D/6094) that:

Value judgments should play no part in this process, because they may operate to favour a view of the world as it might be preferred over the world as it is. The Tribunal notes the conclusion reached by Hugessen J. in *Schaap* that the Act does not promote certain types of status over others and that the Act is intended to address group stereotypes.

The Tribunal also considered the evidence of Dr. Eichler, as well as her opinion after hearing the other evidence presented. She expressed the following view:

... this is a relationship of some standing in terms of time with the expectation of continuance. So it's not a relationship that is defined in terms of time. You have the joint residence, you have economic union in many ways as expressed by the fact that the house is jointly owned, that life insurance—the people, the two (2) partners are beneficiaries—that there's joint financing, it's a sexual relationship, housework is shared and it's an emotional relationship which is a very important aspect of familial relationships. And on that basis I would say it has the status of a familial relationship.

contexte spécifique. De plus, l'approche fonctionnelle est une méthode harmonieuse qui, en raison du nombre élevé de facteurs examinés, peut aider un tribunal à déterminer si une famille existe à une fin donnée. Cette approche sert de guide aux tribunaux, mais conserve une grande souplesse. À mesure qu'évolue la conception des relations familiales dans la société, cette approche permettra d'adapter plus facilement la définition aux réalités de la cellule familiale dans des contextes spécifiques. Bien qu'il existe d'autres types d'approches, le choix du Tribunal n'est certainement pas déraisonnable.

À partir de cette approche fonctionnelle, le Tribunal a dû examiner si la relation de MM. Mossop et Popert pouvait être qualifiée de «situation de famille». Dans sa conclusion, le Tribunal a fait ressortir qu'il importe de ne pas oublier l'objet de la Loi et de bien comprendre le mode de vie des gens. Il affirme, à la p. D/6094:

Ce processus ne doit comprendre aucun jugement de valeur, puisqu'il pourrait sembler pencher en faveur d'une conception idéalisée plutôt que réelle du monde. Le Tribunal constate la conclusion à laquelle en était arrivé le juge Hugessen dans l'affaire *Schaap*, à savoir que la Loi ne favorise pas certains types d'états plutôt qu'autres, et que la Loi a pour objet de corriger les stéréotypes collectifs.

Le Tribunal a également examiné le témoignage du Dr Eichler ainsi que son opinion après avoir entendu les autres témoignages. Elle a exprimé le point de vue suivant:

[TRADUCTION] ... il s'agit d'une relation établie depuis un certain temps, qui doit en principe se poursuivre. Ce n'est donc pas une relation que l'on peut définir en fonction de sa durée. Il y a cohabitation, il y a union économique à plusieurs égards, démontrée par le fait que la maison est une copropriété, que l'assurance-vie—les parties impliquées, les deux partenaires sont bénéficiaires—il y a mise en commun des finances, c'est une relation sexuelle, il y a un partage des tâches domestiques et une relation d'ordre émotif, soit un aspect très important des relations familiales. C'est pourquoi je suis d'avis que cette relation constitue une relation familiale.

The Tribunal concluded that the specific relationship before it was one which, on the evidence, could come within the scope of "family status". In accordance with the principles of curial deference enunciated at the outset, the Tribunal's findings of fact are unassailable except in the face of a patently unreasonable error.

At this juncture, it is useful to note that the finding of fact was, in the context of the Act, that this couple could come within the scope of "family status". The Tribunal made no finding that this couple, or any other couple, would come within "family status" for all purposes or in all contexts. As noted earlier, the complexity of the term militates against such a conclusion. Rather, the tribunal found that, at this stage of the analysis, Mr. Mossop's claim of discrimination on the basis of "family status" could be entertained. This conclusion was based on the evidence and an interpretation in accordance with the proper principles of interpretation of human rights legislation. In my view, this conclusion is far from being patently unreasonable, and must therefore be left undisturbed.

Having reached this conclusion, the Tribunal went on to discuss the particulars of the complaint in the specific context of the collective agreement, which I will now address.

The Collective Agreement

Section 10(b) of the Act, reproduced above, states that it is a discriminatory practice for employers or employer organizations to enter into agreements which deprive individuals of employment opportunities on prohibited grounds of discrimination. The Tribunal asserted, at p. D/6095, that this section applies to collective agreements:

There can be no doubt that the collective agreement is the type of agreement subject to s. 10(b). This approach recognizes the reality that the negotiation and resolution of a collective agreement are a joint effort and that both parties, as signatories to the collective agreement, are legally bound by the final product of that effort (whether

Le Tribunal a conclu que, d'après la preuve, la relation en question pouvait être visée par l'expression «situation de famille». Conformément aux principes de retenue judiciaire déjà énoncés, les conclusions de fait du Tribunal sont inattaquables, sauf en présence d'une erreur manifestement déraisonnable.

Je tiens ici à faire remarquer que, dans le contexte de la Loi, la conclusion de fait était que le couple est visé par l'expression «situation de famille». Le Tribunal n'a pas conclu que ce couple, ou un autre, serait visé par l'expression «situation de famille» à toutes les fins et dans tous les contextes. Comme je l'ai déjà mentionné, la complexité de l'expression va à l'encontre d'une telle conclusion. Le Tribunal a plutôt conclu que, à cette étape de l'analyse, la plainte de discrimination de M. Mossop pour un motif fondé sur sa «situation de famille» pouvait être reçue. Cette conclusion est fondée sur la preuve et sur une interprétation conforme aux principes d'interprétation applicables aux lois sur les droits de la personne. À mon avis, cette conclusion est loin d'être manifestement déraisonnable et elle ne devrait donc pas être modifiée.

Parvenu à cette conclusion, le Tribunal s'est ensuite penché sur les détails de la plainte dans le contexte spécifique de la convention collective, question que j'examinerai maintenant.

g La convention collective

Selon l'al. 10b) de la Loi, que j'ai déjà reproduit, constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait pour l'employeur ou l'organisation syndicale de conclure des ententes qui annihilent les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu. Le Tribunal a conclu, à la p. D/6095, que cette disposition s'appliquait aux conventions collectives:

La convention collective est sans aucun doute le type de convention visée par le para. 10b). Cette approche reconnaît qu'en réalité, les négociations et l'agrément d'une convention collective sont le fruit d'un effort conjoint et qu'à titre de signataires de la convention collective, les deux parties sont juridiquement liées par le pro-

or not, as CUPTE noted, it is morally acceptable to one or the other).

The question was thus whether art. 19.02 of the collective agreement between the Treasury Board and CUPTE violated s. 10(b) of the Act. Article 19.02, reproduced at the outset of these reasons, provided for bereavement leave. The Tribunal commented, at p. D/6096, that "bereavement leave is an 'employment opportunity' as that term is used in s. 10(b) of the Act", and consequently held that the section applied to Mr. Mossop's claim. This was not disputed before the Tribunal.

As an aside, an employer is generally not under any obligation to provide such benefits to its employees, and the failure to provide bereavement leave would not constitute discrimination under the Act. However, where benefits are extended, they must be extended in a fashion that does not discriminate under the Act. Given the potentially vast number of beneficiaries and the cost of administering benefit systems, it is not unreasonable for an employer to limit them. An employer may wish to define beneficiaries broadly or more narrowly, depending on the aims it pursues, and a group which is considered a family for one purpose may not be so considered for another. A benefit cannot, however, be extended or denied on a prohibited ground of discrimination.

The Tribunal, having earlier held that no one definition of family would serve for all purposes, did in fact consider the purpose of bereavement leave. In the words of the Tribunal, "Bereavement leave appears to be designed to meet the particular needs of family members at a difficult time." (p. D/6096) At those times, an employee is confronted with exceptionally stressful circumstances. There is the need to attend (and often even arrange for) the funeral, and to remain close to other family members to provide comfort and support. A bereavement leave recognizes the need for mourning the death of those with whom one has cultivated productive and intimate relationships. Alleviating pain in these circumstances is a mark of

duit final de tel effort (que cela soit ou non, comme l'a fait remarquer le SCEPT, moralement acceptable à l'une ou l'autre partie).

Il s'agissait donc de déterminer si l'art. 19.02 de la convention collective entre le Conseil du Trésor et le SCEPT contrevenait à l'al. 10b) de la Loi. L'article 19.02, reproduit au début, porte sur le congé de deuil. Le Tribunal a affirmé, à la p. D/6096, qu'«un congé de deuil est une «chance d'emploi» selon le sens que donne à cette expression le para. 10b) de la Loi», et a conclu que cette disposition s'appliquait donc à la plainte de M. Mossop. Ce point n'a pas été contesté devant le Tribunal.

Entre parenthèses, un employeur n'est généralement pas tenu d'offrir ce genre d'avantages à ses employés, et il ne commet pas d'acte discriminatoire aux termes de la Loi s'il n'offre pas de congé de deuil. Toutefois, si un avantage est offert, il ne doit pas l'être d'une façon discriminatoire en contravention de la Loi. Compte tenu du grand nombre de bénéficiaires possibles et du coût d'administration des régimes d'avantages sociaux, il n'est pas déraisonnable qu'un employeur cherche à limiter le nombre de bénéficiaires. Par exemple, un employeur voudra peut-être définir les bénéficiaires d'une façon large ou restreinte, selon les fins qu'il poursuit; un groupe considéré comme une famille à une fin donnée pourrait bien ne pas l'être dans un autre cas. Toutefois, un avantage ne peut être conféré ou refusé pour un motif de distinction illicite.

Après avoir établi qu'aucune définition du terme «famille» ne saurait servir dans tous les cas, le Tribunal a examiné l'objet du congé de deuil. Pour reprendre les propos du Tribunal, à la p. D/6096: «Il semble que tels congés aient été conçus pour desservir les besoins précis des membres d'une famille à un moment difficile.» L'employé vit alors des circonstances exceptionnellement stressantes. Il doit assister aux obsèques (et souvent s'occuper des dispositions nécessaires), et être près des autres membres de la famille pour leur fournir réconfort et soutien. Un congé de deuil reconnaît la peine qui suivra nécessairement le décès de ceux avec qui une personne a cultivé des relations productives et intimes. Chercher à atténuer cette peine

consideration both to the employees and those who are close to them. The Tribunal acknowledged the need to focus on the purpose of the benefit in determining whether or not the definition of "immediate family" was discriminatory. In its words, at p. D/6096:

The Tribunal notes that, in *Schaap*, the Federal Court of Appeal took the approach that, given the purpose of the benefit in that case (relating to housing), the formal status of the parties was not as relevant as whether persons in other types of relationships functionally had the same characteristics which the employer should recognize. [Emphasis added.]

This being said, the Tribunal turned to examine art. 19.02 itself in order to ascertain which types of relationships the collective agreement did in fact recognize. It must be stressed at the outset that the Tribunal was not engaged in the interpretation of any of the provisions of the collective agreement. It simply placed the definition of "immediate family" in art. 19.02 of the collective agreement alongside the prohibited ground of discrimination "family status" in s. 3 of the Act as defined by the Tribunal. In so doing, the Tribunal noted that the definition of "immediate family" includes some of those with whom the employee has a direct relationship (by blood, marriage, wardship or permanent residence), and some of those with whom the employee has an indirect relationship through his or her spouse, whether by marriage or common law. Common-law spouse is defined in art. 2.01(s) of the collective agreement through a type of functional approach including factors such as stability, continuity, shared residence and public holding out, but excluding same-sex couples. The Tribunal remarked, at p. D/6097:

The existing definition of "immediate family" in ss. 19.02 and 2.01(s) could be described, using Dr. Eichler's terminology, as based on the identification of certain familial relationships which the parties have agreed to recognize, as opposed to some general definition of "family". It includes common-law spouses and children who are not children of the employee (but who are children of a common-law spouse or wards), and it excludes relatives of any type not named unless they

dans ces circonstances est un signe de considération tant pour l'employé que pour ses proches. Le Tribunal a reconnu la nécessité de mettre l'accent sur l'objet de l'avantage lorsqu'il faut déterminer si la définition de «proche famille» est discriminatoire. Il affirme, à la p. D/6096:

Le Tribunal constate que dans l'affaire *Schaap*, la Cour d'appel fédérale avait adopté l'attitude que, compte tenu de l'objet de l'avantage recherché dans cette affaire (relatif au logement), l'état formel des parties n'était pas aussi pertinent que de savoir si des personnes ayant d'autres types de relations possédaient les mêmes caractéristiques fonctionnelles que l'employeur devait reconnaître. [Je souligne.]

Le Tribunal a ensuite examiné l'art. 19.02 afin de déterminer quels types de relations la convention collective reconnaît. Je tiens à préciser tout de suite que le Tribunal n'a cherché à interpréter aucune des dispositions de la convention collective. Il n'a fait que comparer la définition de «proche famille» prévue à l'art. 19.02 de la convention collective et le motif de distinction illicite fondé sur la «situation de famille» figurant à l'art. 3 de la Loi tel qu'il l'a interprété. Le Tribunal a fait remarquer que la définition de «proche famille» comprend certaines personnes avec qui l'employé a une relation directe (consanguinité, mariage, tutelle ou résidence permanente), ainsi que certaines autres personnes avec qui il a des relations indirectes par l'entremise de son conjoint, que ce soit à la suite d'un mariage ou d'une union de fait. L'alinéa 2.01s) de la convention collective donne une définition de «conjoint de droit commun» au moyen d'une approche fonctionnelle qui comprend des facteurs comme la stabilité, la permanence, le partage d'une résidence et la façon dont on se présente publiquement, mais qui exclut les couples du même sexe. Le Tribunal a fait remarquer, à la p. D/6097:

La définition présente de «famille immédiate» aux para. 19.02 et 2.01s) pourrait être décrite, selon la terminologie du Dr. Eichler, comme étant fondée sur l'identification de certaines relations familiales que les parties ont convenu de reconnaître, par rapport à quelque définition générale de «famille». Elle comprend le conjoint de fait et les enfants qui ne sont pas les enfants de l'employé (mais plutôt ceux d'un conjoint de fait ou des enfants adoptifs), et elle exclut les parents autres que

share a permanent residence with the employee. The existing definition, therefore, already incorporates a functional approach to the type of relationships for which bereavement leave is appropriate. Looking again to the decision of the Federal Court of Appeal in *Schaap*, the definition is partly based on formal legal relationships and partly based on relationships defined by factual considerations such as stability, permanence and shared residence. It will be noted that it excludes a person of the same sex who, but for gender, would otherwise be included as a common-law spouse, as well as excluding those related to that person who would otherwise be included.

The collective agreement restricted the bereavement leave to immediate family. Such a restriction is not of itself unreasonable. Immediate family lies at the centre of our deepest and most intimate relationships, and such deaths raise unique concerns. However, the definition of "immediate family" in the collective agreement clearly included some familial relationships while excluding others. In particular it excluded those employees in permanent and public relationships with persons of the same sex. The purpose of this exclusion was not argued before the Tribunal, nor was there any evidence presented which could have led the Tribunal to conclude that the exclusion of same-sex couples was related to the purpose of the benefit. That is, there was nothing to suggest that same-sex couples would suffer less grief upon the death of members of their immediate family.

Rather, the evidence was that the relationship of these two men had functionally the same characteristics as other relationships for which bereavement leave was deemed appropriate. On the facts and in the context of a bereavement leave benefit, Mr. Mossop and Mr. Popert could clearly be called immediate family. However, as the Tribunal noted, the definition of "immediate family" in the collective agreement had the effect of excluding this couple. In fact, the exclusion rendered invisible the nature of the relationship between Mr. Mossop and Mr. Popert, and treated them as if it did not exist. The Tribunal could only find, as it did, that the collective agreement treats some types of familial

ceux qui ont été nommés, à moins que ceux-ci ne partagent la résidence permanente de l'employé. Il s'ensuit que la définition présente incorpore déjà une approche fonctionnelle au type de relations pour lequel un congé de décès est approprié. En reprenant à nouveau la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Schaap*, la définition se fonde en partie sur des relations juridiques formelles et en partie sur des relations définies par des considérations de faits tels que la stabilité, la permanence, et le partage d'une résidence. Remarquons qu'elle exclut une personne du même sexe qui, à l'exception de son genre, serait autrement incluse à titre de conjoint de fait, et elle exclut également les personnes apparentées à cette personne qui seraient autrement incluses.

La convention collective limite le congé de deuil au décès d'un membre de la proche famille. Une telle restriction n'est pas en soi déraisonnable. La proche famille se situe au centre de nos relations les plus profondes et les plus intimes, et le décès de ceux qui en font partie crée des préoccupations uniques. Toutefois, de toute évidence, la définition de l'expression «proche famille» dans la convention collective inclut certaines relations familiales et en exclut d'autres. Elle exclut notamment un employé vivant une relation permanente et publique avec une personne de même sexe. On n'a pas soulevé l'objet de cette exclusion devant le Tribunal, ni présenté de preuve qui aurait pu porter le Tribunal à conclure que l'exclusion des couples de même sexe avait un lien avec l'objet de l'avantage. Rien ne laissait entendre en effet que les couples de même sexe auraient moins de chagrin en cas de décès d'un membre de leur proche famille.

La preuve présentée a plutôt démontré que la relation de ces deux hommes avait fonctionnellement les mêmes caractéristiques que d'autres types de relations auxquelles le congé de deuil est réputé s'appliquer. D'après les faits et dans le contexte d'un congé de deuil, MM. Mossop et Popert ne peuvent manifestement qu'être inclus dans la proche famille. Toutefois, comme l'a fait remarquer le Tribunal, la définition de «proche famille» dans la convention collective avait pour effet d'exclure ce couple. En fait, l'exclusion ne tient pas compte de la nature de la relation entre MM. Mossop et Popert et elle les traite comme si elle n'existait pas. Le Tribunal pouvait seulement conclure, comme il

relationships differently than others. It summarized its findings as follows, at p. D/6097:

Having determined that persons of the same sex *prima facie* may have the status of a family under the *Act*, and having determined that the family of the complainant is treated differently under the *Act* than other families, including but not limited to families which are very similar in their characteristics to that of the complainant, this Tribunal therefore finds that the collective agreement deprived the complainant of the employment opportunity of bereavement leave on a prohibited ground of discrimination, and that therefore each of the Treasury Board and CUPE have committed a discriminatory practice under s. 10(b) of the *Act*.

The Tribunal simply found that, given Mr. Mossop's factual situation and the purpose of the bereavement leave, Mr. Mossop had been denied an employment opportunity on the basis of the prohibited ground of "family status", contrary to s. 10(b) of the *Act*.

The Attorney General argued that the Tribunal committed an error in finding that the term "spouse" could include a same-sex partner. With respect, that is not what the Tribunal did. The Tribunal did not conclude that a same-sex partner is a common law spouse, but rather found that, in the context of a bereavement benefit, this same-sex couple was in a relationship which was functionally similar to those relationships which were properly within the scope of "immediate family", and should thus be treated in a similar fashion. The Tribunal simply considered the definition of "immediate family" in the collective agreement, without in any way interpreting it, and concluded that, on its face, different types of families were arbitrarily treated differently, in a manner that infringed s. 3 and s. 10(b) of the *Act*.

The Attorney General also argued that the Tribunal erred in finding discrimination on the basis of "family status", rather than based on sexual orientation, a ground not found in s. 3 of the *Act*. As the Chief Justice points out, in a ruling of the Ontario Court of Appeal in *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (rendered after this case

l'a fait, que la convention collective traite certains types de famille différemment d'autres. Il a résumé ainsi ses conclusions, à la p. D/6097:

Ayant conclu que les personnes de même sexe peuvent à première vue avoir le statut d'une famille selon la *Loi*, et ayant conclu que la famille du plaignant reçoit un traitement différent aux termes de la *Loi* que d'autres familles, y compris mais sans limiter la généralité de ce qui précède aux familles dont les caractéristiques ressemblent beaucoup à celles du plaignant, ce Tribunal en arrive à la conclusion que la convention collective a privé le plaignant d'une chance d'emploi, savoir, un congé de deuil, pour un motif de distinction illicite, et il s'ensuit que le Conseil du Trésor et le SCEPT ont commis un acte discriminatoire selon le para. 10b) de la *Loi*.

Le Tribunal a tout simplement conclu que, compte tenu des faits se rapportant à M. Mossop et de l'objet du congé de deuil, ce dernier a été privé d'une chance d'emploi pour un motif de distinction illicite, savoir la «situation de famille», en contravention de l'al. 10b) de la *Loi*.

Le procureur général du Canada est d'avis que le Tribunal a commis une erreur en concluant que le terme «conjoint» pouvait comprendre un partenaire du même sexe. Avec égard, ce n'est pas ce que le Tribunal a fait. Il n'a pas conclu qu'un partenaire du même sexe est un conjoint de fait, mais bien que, dans le contexte d'un congé de deuil, un couple de même sexe se trouvait dans une relation qui était fonctionnellement semblable aux relations qui, à bon droit, sont visées par l'expression «proche famille», et qu'il devrait donc être traité de la même manière. Le Tribunal a simplement examiné la définition de «proche famille» dans la convention collective, sans l'interpréter, et il a conclu qu'à première vue, certains types différents de familles étaient traités différemment de façon arbitraire, d'une manière allant à l'encontre de l'art. 3 et l'al. 10b) de la *Loi*.

Le procureur général soutient aussi que le Tribunal a commis une erreur en concluant à l'existence d'un acte discriminatoire fondé sur la «situation de famille», plutôt que sur l'«orientation sexuelle», motif ne figurant pas à l'art. 3 de la *Loi*. Comme l'indique le Juge en chef, dans l'arrêt *Haig c. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (rendu après l'au-

was heard and taken under reserve, and from which no appeal was taken to this Court), s. 3 of the Act was found to include “sexual orientation” as a ground of discrimination. However, the parties have agreed that this case be dealt with on the basis of the Act as it read when this case was brought before this Court. In light of this, the Chief Justice adopts the position that the discrimination in this case is one of sexual orientation. This line of reasoning implies that any disadvantage that may accrue to same-sex partners is inextricably linked to their sexual orientation, that the denial of the benefit thus amounts to sexual orientation discrimination and, as the Act did not then prohibit discrimination on the basis of sexual orientation, that it was not a matter properly before the Tribunal.

This argument is based on an underlying assumption that the grounds of “family status” and “sexual orientation” are mutually exclusive. However, categories of discrimination often overlap in significant measure. In this instance, the Tribunal found that Mr. Mossop suffered discrimination on the basis of his “family status”, not on the basis of his sexual orientation. However, the argument that this is more properly seen as sexual orientation discrimination raises an important question which in some cases, though not here in my view, may be determinative of the scope of human rights protection.

It is increasingly recognized that categories of discrimination may overlap, and that individuals may suffer historical exclusion on the basis of both race and gender, age and physical handicap, or some other combination. The situation of individuals who confront multiple grounds of disadvantage is particularly complex (Patricia Williams, *The Alchemy of Race and Rights* (1991); Nitya Duclos, “Disappearing Women: Racial Minority Women in Human Rights Cases” (1992), *Proceedings: Conference on Women and the Canadian State* (McGill-Queen’s)). Categorizing such discrimination as primarily racially oriented, or primarily

dition et la prise en délibéré du présent pourvoi et non porté en appel devant notre Cour), la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que l’art. 3 de la Loi incluait l’«orientation sexuelle» comme motif de discrimination. Toutefois, les parties ont convenu que le présent pourvoi soit tranché en fonction du libellé de la Loi au moment où notre Cour en a été saisi. Le Juge en chef est d’avis que la discrimination en l’espèce est fondée sur l’orientation sexuelle. Ce raisonnement laisse entendre que tout désavantage dont peuvent être victimes les partenaires d’un même sexe est inextricablement lié à leur orientation sexuelle, que le refus de l’avantage équivaut donc à un acte discriminatoire fondé sur l’orientation sexuelle et, comme la Loi n’interdit pas la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle, que le Tribunal se trouvait à tort saisi de la plainte en question.

Cet argument se fonde sur l’hypothèse que les motifs de discrimination basés sur la «situation de famille» et «l’orientation sexuelle» s’excluent mutuellement. Toutefois, il existe souvent un important chevauchement entre diverses catégories d’actes discriminatoires. En l’espèce, le Tribunal a conclu que M. Mossop a été victime de discrimination en raison de sa «situation de famille», et non de son orientation sexuelle. Toutefois, l’argument selon lequel il s’agirait davantage d’un acte discriminatoire fondé sur l’orientation sexuelle soulève une importante question qui, dans certains cas, et non dans celui-ci selon moi, pourrait être déterminante quant à l’étendue de la protection accordée aux droits de la personne.

Il est de plus en plus reconnu qu’il peut y avoir chevauchement entre diverses catégories d’actes discriminatoires, et que certaines personnes peuvent être depuis toujours victimes d’exclusion pour un motif fondé à la fois sur la race et le sexe, l’âge et un handicap physique, ou toute autre combinaison d’actes discriminatoires. La situation de personnes qui sont victimes d’actes discriminatoires multiples est particulièrement complexe (Patricia Williams, *The Alchemy of Race and Rights* (1991); Nitya Duclos, «Disappearing Women: Racial Minority Women in Human Rights Cases» (1992), *Proceedings: Conference on Women and the Cana-*

gender-oriented, misconceives the reality of discrimination as it is experienced by individuals. Discrimination may be experienced on many grounds, and where this is the case, it is not really meaningful to assert that it is one or the other. It may be more realistic to recognize that both forms of discrimination may be present and intersect. On a practical level, where both forms of discrimination are prohibited, one can ignore the complexity of the interaction, and characterize the discrimination as of one type or the other. The person is protected from discrimination in either event.

However, though multiple levels of discrimination may exist, multiple levels of protection may not. There are situations where a person suffers discrimination on more than one ground, but where only one form of discrimination is a prohibited ground. When faced with such situations, one should be cautious not to characterize the discrimination so as to deprive the person of any protection. This was the situation in *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183, where discrimination on the basis of sex was characterized as discrimination on the basis of pregnancy, and therefore left outside the scope of protection. One should not lightly allow a characterization which excludes those from the scope of the Act who should legitimately be included. A narrow and exclusionary approach, in my view, is inconsistent with a broad and purposive interpretation of human rights legislation,

In this case, since the effect of the collective agreement is to deprive all same-sex couples of the bereavement benefit, sexual orientation may appear to be the ground of discrimination. However, in my opinion, though sexual orientation may appear to be an issue, the central focus is "family status". The Tribunal found that the denial of the benefit was clearly linked to Mr. Mossop's family situation. Mr. Mossop was denied the bereavement benefit precisely because of the "family" nature of

dian State (McGill-Queen's)). Classifier ce genre de discrimination comme étant principalement fondée sur la race ou sur le sexe, c'est mal concevoir la réalité des actes discriminatoires tels qu'ils sont perçus par les victimes. Il peut y avoir discrimination fondée sur plusieurs motifs de distinction et, lorsque cela se produit, il n'est pas réellement important de déterminer lequel des motifs l'emporte. Il peut être plus réaliste de reconnaître que deux types d'actes discriminatoires peuvent exister et se chevaucher. En pratique, lorsque deux types d'actes discriminatoires sont interdits, on peut ignorer la complexité du chevauchement et affirmer que la discrimination est fondée sur un motif ou l'autre. La personne se trouve protégée contre la discrimination dans un cas comme dans l'autre.

Toutefois, bien qu'il puisse y avoir plusieurs degrés de discrimination, il n'existe pas divers degrés de protection. Il y a des cas où une personne est victime de discrimination pour plusieurs motifs, dont un seul toutefois est un motif illicite. On doit alors prendre soin de ne pas qualifier la discrimination de façon à priver cette personne de la protection offerte. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183. Dans cet arrêt, un acte discriminatoire pour un motif fondé sur le sexe a été considéré comme un acte discriminatoire fondé sur la grossesse, la victime ne bénéficiant alors d'aucune protection. On ne devrait pas à la légère permettre une qualification qui prive de la protection de la Loi les personnes qui devraient légitimement en bénéficier. À mon avis, une approche où l'on procède par restrictions et par exclusions est incompatible avec une interprétation large et fondée sur l'objet des lois sur les droits de la personne.

En l'espèce, puisque l'effet de la convention collective est de priver tous les couples de même sexe de l'avantage du congé de deuil, l'orientation sexuelle peut sembler être le motif de distinction. Toutefois, à mon avis, bien que l'orientation sexuelle puisse sembler en cause, l'élément central est la «situation de famille». Le Tribunal a conclu que le refus de l'avantage était clairement lié à la «situation de famille» de M. Mossop. On lui a refusé l'avantage du congé de deuil précisément en

his relationship with Mr. Popert. Here, the employer in effect said: "We will not allow you time off to go to your partner's father's funeral because we do not recognize that the relationship you have with him is a family relationship. Because your situation does not fit our definition of what a family should be, we do not think it is a real family and, accordingly, you cannot enjoy this family benefit." Not only was Mr. Mossop disentitled to bereavement leave at the death of his partner's father, he would have been disentitled to bereavement leave even at the death of his partner.

The Tribunal, acting within its jurisdiction, identified Mr. Mossop's claim as one of discrimination on the basis of "family status". Based on the purpose of the Act, the purpose of the benefit, and all the evidence before it, it was perfectly reasonable for the Tribunal to conclude that the collective agreement violated s. 10(b) of the Act, a conclusion with which the Court has no reason to interfere.

Conclusion

Based on the principles of curial deference applicable here, I am of the view that a Canadian Human Rights Tribunal is entitled to a high standard of deference with respect to its findings of fact and questions of law which lie at the heart of its specialized jurisdiction and expertise. For such determinations, the standard of review is the patently unreasonable test first articulated in *C.U.P.E., supra*.

In the context of the claim made by Mr. Mossop, the Tribunal, in the interpretation of its Act, determined that the scope of "family status" in s. 3 of the Act was sufficiently broad so as to include same-sex partners, and found as a fact, based on the evidence before it, that the relationship of Mr. Mossop and Mr. Popert came within the scope of this term. The interpretation of s. 3 of the Act is a matter at the heart of the Tribunal's

raison de la nature d'ordre «familial» de sa relation avec M. Popert. En l'espèce, l'employeur a en fait dit: «Nous ne vous accordons pas de congé pour aller aux obsèques du père de votre partenaire parce que nous ne reconnaissons pas que la relation que vous avez est une relation familiale. Parce que votre situation ne correspond pas à notre définition de ce que devrait être une famille, nous ne croyons pas qu'il s'agit d'une vraie famille et, en conséquence, vous ne pouvez profiter de cet avantage à caractère familial.» Monsieur Mossop n'a pas eu droit au congé de deuil lors du décès du père de son partenaire, mais, en plus, il n'y aurait pas eu droit même dans le cas du décès de son partenaire.

Le Tribunal, agissant dans son domaine de compétence, a affirmé que M. Mossop avait été victime de discrimination pour un motif fondé sur sa «situation de famille». Compte tenu de l'objet de la Loi, de l'objet de l'avantage et de toute la preuve présentée, il était parfaitement raisonnable que le Tribunal conclue que la convention collective contrevenait à l'al. 10(b) de la Loi, conclusion à l'encontre de laquelle notre Cour n'est aucunement justifiée d'intervenir.

Conclusion

Selon les principes de retenue judiciaire applicables en l'espèce, je suis d'avis qu'il faut faire preuve d'un degré élevé de retenue à l'égard des conclusions de fait et des questions de droit qui sont au cœur même de la compétence et de l'expertise du Tribunal canadien des droits de la personne. À cet égard, la norme de contrôle est le critère de l'erreur manifestement déraisonnable énoncé pour la première fois dans l'arrêt *S.C.F.P.*, précité.

Dans le contexte de la plainte logée par M. Mossop, le Tribunal, dans son interprétation de la Loi, a conclu que la portée de l'expression «situation de famille» figurant à l'art. 3 était suffisamment large pour inclure des partenaires de même sexe et a tenu pour avéré selon la preuve qui lui a été présentée, que la relation entre MM. Mossop et Popert était visée par l'expression. L'interprétation de l'art. 3 est une question qui est

specialized jurisdiction and expertise. The Tribunal's interpretation does not depart from the broad and purposive approach warranted in human rights legislation. Whether or not I would have reached the same conclusion, I am unable to conclude that its interpretation in the circumstances of this case was patently unreasonable, and consequently, neither the Court of Appeal nor this Court is entitled to substitute its own opinion for that of the Tribunal.

In the result, I would allow the appeal with costs throughout and reinstate the Tribunal's decision.

The following are the reasons delivered by

CORY J. (dissenting)—I am in agreement with the reasons of Justice La Forest in so far as they pertain to the duty of the courts to review and the standard of review that should be applied to the decisions of human rights tribunals. The absence of any privative clause in the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (formerly S.C. 1976-77, c. 33 as amended), is one of the factors that may be taken into account in determining the deference that should be accorded the decision of a tribunal acting pursuant to that Act and the extent of the supervisory role the court should exercise in reviewing such a decision.

However, based on those factors discussed in the reasons of Justice L'Heureux-Dubé, I have come to the conclusion that the Tribunal was correct in determining that the term "family status" was sufficiently broad to include couples of the same sex that were living together in a long-term relationship and that Messrs. Mossop and Popert came within the scope of this term. It follows that I am in agreement with her proposed disposition of this appeal.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—I share the views of Justice La Forest on the standard of review

au cœur de la compétence spécialisée et de l'expertise du Tribunal. L'interprétation du Tribunal ne s'écarte pas de l'analyse large et fondée sur l'objet applicable à la législation sur les droits de la personne. Quelle que soit la conclusion à laquelle je serais moi-même arrivée, je ne saurais conclure que, dans les circonstances de l'espèce, l'interprétation du Tribunal est manifestement déraisonnable. Par conséquent, ni la Cour d'appel ni notre Cour ne sont autorisées à substituer leur opinion à celle du Tribunal.

En conséquence, j'accueillerais le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et je rétablirais la décision du Tribunal.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY (dissident)—Je souscris aux motifs du juge La Forest dans la mesure où ils portent sur la fonction de contrôle des cours de justice et sur la norme de contrôle à appliquer aux décisions de tribunaux des droits de la personne. L'absence de clause privative dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (auparavant S.C. 1976-77, ch. 33, modifiée), est un des facteurs qui peuvent être pris en considération pour déterminer la retenue judiciaire dont il y a lieu de faire preuve à l'égard de la décision d'un tribunal agissant en vertu de la Loi ainsi que le degré de surveillance que la cour de justice devrait exercer en révisant une telle décision.

Cependant, en me fondant sur ces facteurs examinés dans les motifs du juge L'Heureux-Dubé, j'en suis venu à la conclusion que le Tribunal a eu raison quand il a déterminé que l'expression «situation de famille» était suffisamment large pour englober les couples de même sexe qui vivent ensemble dans une relation de longue durée et que MM. Mossop et Popert étaient visés par cette expression. Il en résulte que je suis d'accord avec la façon dont elle propose de trancher le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—Je partage l'opinion du juge La Forest sur la norme de con-

which courts should apply to human rights tribunals.

Applying this standard, I am of the view that the tribunal was correct in concluding that the relationship of Mr. Mossop and Mr. Popert falls within the term "family status" under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (formerly S.C. 1976-77, c. 33 as amended). The factors which give this relationship "family status" are ably reviewed by Justice L'Heureux-Dubé and need not be repeated.

I would dispose of the appeal as proposed by L'Heureux-Dubé J.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ, CORY and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: René Duval, Ottawa.

Solicitor for the respondents the Attorney General of Canada, the Department of Secretary of State and Treasury Board of Canada: Barbara McIsaac, Ottawa.

Solicitor for the interveners Equality for Gays and Lesbians Everywhere, Canadian Rights and Liberties Federation, the National Association of Women and the Law, the Canadian Disability Rights Council and the National Action Committee on the Status of Women: Gwen Brodsky, Vancouver.

Solicitors for the interveners Focus on the Family, the Salvation Army, REAL Women, the Evangelical Fellowship of Canada and the Pentecostal Assemblies of Canada: McCarthy Tétrault, Toronto.

trôle que les cours de justice devraient appliquer à l'égard des tribunaux des droits de la personne.

Appliquant cette norme, je suis d'avis que le Tribunal a eu raison de conclure que la relation de MM. Mossop et Popert entre dans le champ d'application de l'expression «situation de famille» au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (auparavant S.C. 1976-77, ch. 33, modifiée). Le juge L'Heureux-Dubé a exposé avec compétence les facteurs qui permettent de qualifier cette relation de «situation de famille» et je n'ai pas besoin de les répéter.

Je suis d'avis de disposer du pourvoi de la façon proposée par le juge L'Heureux-Dubé.

Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, CORY et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureur de l'appelante: René Duval, Ottawa.

Procureur des intimés le procureur général du Canada, le Secrétariat d'État et le Conseil du Trésor du Canada: Barbara McIsaac, Ottawa.

Procureur des intervenants Égalité pour les gais et les lesbiennes, la Fédération canadienne des droits et libertés, l'Association nationale de la femme et du droit, le Conseil canadien des droits des personnes handicapées et le Comité canadien d'action sur le statut de la femme: Gwen Brodsky, Vancouver.

Procureurs des intervenants Focus on the Family, l'Armée du salut, REAL Women, l'Evangelical Fellowship of Canada et les Assemblées de la Pentecôte du Canada: McCarthy Tétrault, Toronto.

Des Raj Sharma Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

Municipality of Metropolitan Toronto Respondent

INDEXED AS: R. v. SHARMA

File No.: 22332.

1992: April 28; 1993: February 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Municipal law — Municipal by-laws — Validity — Municipal by-law scheme purporting to license street vending — Licences for sidewalk use available only to owners or occupiers of abutting property — Whether distinction between street vendors and owner/occupant vendors authorized by legislation — Municipality of Metropolitan Toronto By-laws 97-80, 211-74 — City of Toronto By-law 618-80 — Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45, s. 310.

Criminal law — Wilfully obstructing peace officer — Street vendor disobeying peace officer's order to remove wares from sidewalk — Peace officer seeking to enforce municipal by-law later found to be ultra vires — Whether conviction for obstructing a peace officer can stand — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 129.

Appellant, a flower vendor in Toronto, was charged with exposing goods for sale on the street without a licence contrary to s. 11 of Metro By-law 211-74. Through By-law 97-80, Metro delegated to the city of Toronto the authority to license the use of sidewalks. Pursuant to this delegated authority, Toronto By-law 618-80 allows an owner or occupant of abutting land to

* Stevenson J. took no part in the judgment.

Des Raj Sharma Appellant

c.

^a **Sa Majesté la Reine** Intimée

et

^b **Municipalité de la communauté urbaine de Toronto** Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. SHARMA

^c N° du greffe: 22332.

1992: 28 avril; 1993: 25 février.

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

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

Droit municipal — Règlements municipaux — Validité — Régime de réglementation municipale ayant pour objet d'assujettir la vente dans les rues à la délivrance d'un permis — Seuls les propriétaires ou les occupants d'un bien-fonds attenant peuvent obtenir l'autorisation d'utiliser les trottoirs — La distinction entre les vendeurs ambulants et les vendeurs propriétaires-occupants est-elle autorisée par la loi? — Règlements 97-80 et 211-74 de la municipalité de la communauté urbaine de Toronto — Règlement 618-80 de la ville de Toronto — Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45, art. 310.

^e *Droit criminel — Entrave volontaire au travail d'un agent de la paix — Défaut d'un vendeur ambulant d'obtempérer à l'ordre d'un agent de la paix d'enlever ses marchandises du trottoir — L'agent de la paix essayait d'appliquer un règlement municipal qui a été jugé ultra vires par la suite — La déclaration de culpabilité d'entrave au travail d'un agent de la paix peut-elle tenir? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 129.*

^f L'appellant, qui travaillait comme vendeur de fleurs à Toronto, a été accusé d'avoir étalé des marchandises en vente dans la rue en contravention de l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine. Au moyen de son règlement 97-80, la Communauté urbaine a délégué à la ville de Toronto le pouvoir d'assujettir l'utilisation des trottoirs à la délivrance d'un permis. Conformément

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

apply for a licence to use the sidewalk. Since appellant does not own or occupy abutting land he could not apply for a licence. He was also charged with obstructing a peace officer contrary to s. 129 of the *Criminal Code* after he failed to obey the officer's instruction to pack up his display and move on. He was convicted of both offences. The District Court upheld the convictions. The Court of Appeal, in a majority judgment, dismissed the appellant's further appeal on both charges. It concluded that the regulatory distinction between street vendors and store vendors did not detract from the scheme's validity because regulatory schemes, by their very nature, are not intended to permit all persons to participate in the regulated activity. On the criminal charge, it found that the police officer had both common law and statutory authority to enforce the by-law, and that the existence of other avenues of relief did not erode this authority.

Held: The appeal should be allowed. The appellant's convictions on the by-law and criminal charges should be set aside and acquittals entered instead.

The power to pass municipal by-laws does not entail that of enacting discriminatory provisions unless the enabling legislation authorizes such discriminatory treatment. Discrimination in the municipal law sense is no more permissible between than within classes. The general reasonableness or rationality of the distinction is not at issue: discrimination can only occur where the enabling legislation specifically so provides or where the discrimination is a necessary incident to exercising the power delegated by the province. Here, the distinctions between free-standing street vendors and owner/occupant vendors contained in Metro By-law 97-80 and City of Toronto By-law 618-80 are not authorized by the *Municipal Act* and these by-laws are accordingly *ultra vires* the municipalities. For the reasons given in *R. v. Greenbaum*, s. 11 of Metro By-law 211-74 is also *ultra vires* the municipality.

In charging the appellant with obstructing a peace officer, the officer in question was attempting to enforce

à ce pouvoir délégué, le règlement 618-80 de la ville de Toronto permet au propriétaire ou à l'occupant d'un bien-fonds attenant de solliciter un permis pour l'utilisation du trottoir. N'étant ni propriétaire ni occupant d'un bien-fonds attenant, l'appelant ne pouvait pas solliciter un permis. Il a également été accusé d'entrave au travail d'un agent de la paix en contravention de l'art. 129 du *Code criminel* pour refus d'obtempérer à l'ordre, donné par l'agent, de remballer ses marchandises et de circuler. Il a été reconnu coupable des deux infractions. La Cour de district a maintenu les déclarations de culpabilité. La Cour d'appel a, dans un arrêt majoritaire, rejeté un autre appel interjeté par l'appelant à l'égard des deux accusations. Elle a conclu que la distinction faite dans le règlement entre les vendeurs ambulants et les commerçants ne portait pas atteinte à la validité du régime puisque les régimes de réglementation, de par leur nature même, n'ont pas pour objet de permettre à toutes les personnes de participer à l'activité réglementée. En ce qui concerne l'accusation criminelle, elle a statué que le policier avait le pouvoir, tant en vertu de la common law qu'en vertu de la loi, d'appliquer le règlement, et que l'existence d'autres possibilités de recours n'avait pas pour effet de miner ce pouvoir.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. Les déclarations de culpabilité de l'appelant prononcées relativement à l'accusation portée en vertu du règlement et à l'accusation criminelle sont annulées et remplacées par des verdicts d'acquiescement.

Le pouvoir d'adopter des règlements municipaux n'emporte pas celui d'édicter des dispositions discriminatoires à moins que la loi habilitante ne permette un tel traitement discriminatoire. La discrimination au sens du droit municipal n'est pas plus permise entre des catégories qu'au sein de catégories. Le caractère raisonnable ou rationnel général de la distinction n'est pas en cause: il ne saurait y avoir de discrimination que si la loi habilitante le prévoit précisément ou si la discrimination est nécessairement accessoire à l'exercice du pouvoir délégué par la province. En l'espèce, les distinctions entre les vendeurs ambulants indépendants et les vendeurs propriétaires-occupants, prévues dans le règlement 97-80 de la Communauté urbaine et le règlement 618-80 de la ville de Toronto, ne sont pas autorisées par la *Loi sur les municipalités* et ces règlements excèdent donc les pouvoirs des municipalités. Pour les raisons données dans l'arrêt *R. c. Greenbaum*, l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine excède également les pouvoirs de la municipalité.

En accusant l'appelant d'avoir entravé le travail d'un agent de la paix, l'agent en question essayait d'appliquer

s. 11 of Metro By-law 211-74. Since that provision has been held to be *ultra vires* the municipality, the appellant's conviction for obstructing a peace officer cannot stand. Further, even if s. 11 of Metro By-law 211-74 were valid, the power to arrest in order to enforce the by-law cannot be inferred in the face of clear language in the *Municipal Act* and the *Provincial Offences Act* setting out more moderate means of dealing with repeated infractions. The officer had no authority, either at common law or under statute, to arrest the appellant for failing to comply with an order to desist from conduct prohibited by the by-law and could not circumvent the lack of an arrest power by charging him with obstruction.

Cases Cited

Applied: *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; **distinguished:** *R. v. Biron*, [1976] 2 S.C.R. 56; **referred to:** *R. v. Varga* (1979), 51 C.C.C. (2d) 558; *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *Johanson v. The King* (1947), 3 C.R. 508.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).
 City of Toronto By-law 618-80, s. 1(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 118.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 129, 495.
Municipal Act, R.S.O. 1980, c. 302, ss. 210, paras. 66, 134; 310; 315, para. 1; 326.
Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45, ss. 210, paras. 73, 140; 310; 314(1), para. 1; 327.
Municipality of Metropolitan Toronto Act, R.S.O. 1990, c. M.62 [formerly R.S.O. 1980, c. 314], s. 90.
 Municipality of Metropolitan Toronto By-law 97-80, s. 1(1), Schedule "A".
 Municipality of Metropolitan Toronto By-law 211-74, ss. 11, 11a, Schedule "A".
Police Act, R.S.O. 1980, c. 381, s. 57 [rep. 1990, c. 10, s. 148(1)].
Provincial Offences Act, R.S.O. 1980, c. 400, ss. 3, 23.
Provincial Offences Act, R.S.O. 1990, c. P.33, ss. 3, 23.

l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine. Comme il a été jugé que cette disposition excède les pouvoirs de la municipalité, la déclaration de culpabilité de l'appelant pour entrave au travail d'un agent de la paix ne saurait tenir. En outre, même si l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine était valide, le pouvoir d'arrestation en vue d'appliquer le règlement ne saurait être déduit du texte clair de la *Loi sur les municipalités* et de la *Loi sur les infractions provinciales*, qui prévoit des moyens plus modérés de traiter les infractions répétées. L'agent n'avait pas le pouvoir, en common law ou en vertu de la loi, d'arrêter l'appelant pour refus d'obtempérer à l'ordre de mettre fin au comportement interdit par le règlement, et il ne pouvait pas contourner l'absence de pouvoir d'arrestation en l'accusant d'entrave.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Biron*, [1976] 2 R.C.S. 56; **arrêts mentionnés:** *R. c. Varga* (1979), 51 C.C.C. (2d) 558; *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *Johanson c. The King* (1947), 3 C.R. 508.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 118.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 129, 495.
Loi sur la municipalité de la communauté urbaine de Toronto, L.R.O. 1990, ch. M.62 [auparavant L.R.O. 1980, ch. 314], art. 90.
Loi sur la police, L.R.O. 1980, ch. 381, art. 57 [abr. 1990, ch. 10, art. 148(1)].
Loi sur les infractions provinciales, L.R.O. 1980, ch. 400, art. 3, 23.
Loi sur les infractions provinciales, L.R.O. 1990, ch. P.33, art. 3, 23.
Loi sur les municipalités, L.R.O. 1980, ch. 302, art. 210, disp. 66, 134; 310; 315, disp. 1; 326.
Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45, art. 210, disp. 73, 140; 310; 314(1), disp. 1; 327.
 Règlement 97-80 de la municipalité de la communauté urbaine de Toronto, art. 1(1), annexe «A».
 Règlement 211-74 de la municipalité de la communauté urbaine de Toronto, art. 11, 11a, annexe «A».
 Règlement 618-80 de la ville de Toronto, art. 1(1).

Authors Cited

Makuch, Stanley M. *Canadian Municipal and Planning Law*. Toronto: Carswell, 1983.

Rogers, Ian MacF. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1971. ^a

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 44 O.A.C. 355, 77 D.L.R. (4th) 334, 62 C.C.C. (3d) 147, 3 C.R. (4th) 195, 3 M.P.L.R. (2d) 1, affirming a decision of Lang Dist. Ct. J. (1989), 7 W.C.B. (2d) 430, affirming appellant's conviction of violating a municipal by-law and a decision of Crossland Dist. Ct. J. affirming his conviction of obstructing a police officer. Appeal allowed. ^b

Alan D. Gold, for the appellant.

Milan Rupic, for the respondent Her Majesty The Queen.

George Monteith and *Robert Avinoam*, for the respondent the Municipality of Metropolitan Toronto.

The judgment of the Court was delivered by ^c

IACOBUCCI J.—This appeal raises two issues. The first is the validity of municipal by-laws which purport to license street vending under which the appellant was charged (the by-law charge). The second is whether the appellant should have been convicted on a charge of wilfully disobeying the instructions of a police officer when the police officer sought to enforce a municipal by-law, later found to be *ultra vires*, by ordering the appellant to desist from conduct prohibited by the by-law (the criminal charge). ^d

I. Facts

The facts are basically quite simple. On March 24, 1988, the appellant, Des Raj Sharma, was ^e

Doctrine citée

Makuch, Stanley M. *Canadian Municipal and Planning Law*. Toronto: Carswell, 1983.

Rogers, Ian MacF. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1971. ^a

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 44 O.A.C. 355, 77 D.L.R. (4th) 334, 62 C.C.C. (3d) 147, 3 C.R. (4th) 195, 3 M.P.L.R. (2d) 1, qui a confirmé la décision du juge Lang de la Cour de district (1989), 7 W.C.B. (2d) 430, de confirmer la déclaration de culpabilité de l'appelant relativement à la violation d'un règlement municipal et la décision du juge Crossland de la Cour de district de maintenir sa déclaration de culpabilité d'entrave au travail d'un agent de police. Pourvoi accueilli. ^b

Alan D. Gold, pour l'appelant.

Milan Rupic, pour l'intimée Sa Majesté la Reine. ^c

George Monteith et *Robert Avinoam*, pour l'intimée la municipalité de la communauté urbaine de Toronto.

Version française du jugement de la Cour rendu par ^d

LE JUGE IACOBUCCI—Le présent pourvoi soulève deux questions. La première concerne la validité de règlements municipaux qui ont pour objet d'assujettir la vente dans les rues à l'obtention d'un permis et en vertu desquels l'appelant a été accusé (l'accusation portée en vertu du règlement). La seconde question est de savoir si l'appelant aurait dû être reconnu coupable d'avoir désobéi volontairement aux ordres d'un agent de police qui cherchait à appliquer un règlement municipal, jugé plus tard *ultra vires*, en ordonnant à l'appelant de cesser une activité interdite par le règlement (l'accusation criminelle). ^e

I. Les faits

Les faits sont fondamentalement assez simples. Le 24 mars 1988, l'appelant, Des Raj Sharma, était ^f

employed as a flower vendor in the city of Toronto, Ontario. He was displaying his wares on Yonge Street near Dundas Street when he was approached by Constable Coulis of the Metropolitan Toronto Police. Constable Coulis informed the appellant that exposing goods for sale on the street without a licence violated s. 11 of Municipality of Metropolitan Toronto By-law 211-74. The appellant was issued a Provincial Offences ticket and instructed to pack up his display and move on. Constable Coulis allowed the appellant a brief grace period to check with his employer or lawyer if he was uncertain about moving, but told him that if he was still there when the officer returned, he would face criminal charges of obstructing the police.

The appellant contacted his employer and was told that he was not to move. The appellant was still operating on the street upon Constable Coulis's return. Accordingly, the appellant was charged with obstructing a peace officer contrary to s. 129 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 118). He was convicted of both offences under the by-law charge and the criminal charge in Provincial Court. His appeals to District Court were dismissed. A further appeal on both charges to the Ontario Court of Appeal, heard in conjunction with an appeal in *R. v. Greenbaum* (reasons in which are being released concurrently herewith), was also dismissed, Arbour J.A. dissenting: (1991), 44 O.A.C. 355, 77 D.L.R. (4th) 334, 62 C.C.C. (3d) 147, 3 C.R. (4th) 195, 3 M.P.L.R. (2d) 1. The matter comes to this Court by way of leave, [1991] 1 S.C.R. xiv.

II. Relevant Statutory Authority

The Municipality of Metropolitan Toronto ("Metro") is a municipal corporation governed by the provisions of the *Municipality of Metropolitan Toronto Act*, R.S.O. 1990, c. M.62. Within Metro, there are a number of area municipalities, one of which is the city of Toronto. Metro's powers are exercised by its council by enacting by-laws. Two

employé comme vendeur de fleurs à Toronto (Ontario). Il étalait ses marchandises dans la rue Yonge près de la rue Dundas lorsqu'il a été abordé par l'agent Coulis de la police de la communauté urbaine de Toronto. L'agent Coulis a informé l'appelant que l'étalage de marchandises en vente dans la rue sans permis allait à l'encontre de l'art. 11 du règlement 211-74 de la municipalité de la communauté urbaine de Toronto. L'appelant a reçu une contravention pour avoir commis une infraction provinciale, et s'est vu intimer l'ordre de remballer ses marchandises et de circuler. L'agent Coulis a accordé à l'appelant un court délai de grâce pour consulter son employeur ou un avocat s'il hésitait à partir, mais il lui a dit que s'il était encore là lorsqu'il reviendrait, il ferait face à des accusations criminelles d'entrave au travail d'un policier.

L'appelant a communiqué avec son employeur qui lui a dit de rester là. L'appelant s'adonnait encore à ses activités dans la rue lorsque l'agent Coulis est revenu. L'appelant a donc été accusé d'entrave au travail d'un agent de la paix en contravention de l'art. 129 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant l'art. 118). Il a été reconnu coupable, en Cour provinciale, des deux infractions contenues dans l'accusation portée en vertu du règlement et dans l'accusation criminelle. Les appels qu'il a interjetés en Cour de district ont été rejetés. Il y a également eu rejet d'un autre appel interjeté à l'égard des deux accusations devant la Cour d'appel de l'Ontario et entendu en même temps que l'appel *R. c. Greenbaum* (dont les motifs sont déposés en même temps que ceux-ci), le juge Arbour étant dissidente: (1991), 44 O.A.C. 355, 77 D.L.R. (4th) 334, 62 C.C.C. (3d) 147, 3 C.R. (4th) 195, 3 M.P.L.R. (2d) 1. L'affaire est soumise à notre Cour avec l'autorisation de cette dernière, [1991] 1 R.C.S. xiv.

II. Les dispositions législatives pertinentes

La municipalité de la communauté urbaine de Toronto («Communauté urbaine») est régie par les dispositions de la *Loi sur la municipalité de la communauté urbaine de Toronto*, L.R.O. 1990, ch. M.62. La Communauté urbaine est composée d'un certain nombre de municipalités de secteur, dont l'une est la ville de Toronto. Les pouvoirs de

of these by-laws purport to confer upon area municipalities the power to license street vendors: Metro By-laws 211-74 and 97-80. Sections 11 and 11a of Metro By-law 211-74 provide:

11. No person shall, without lawful authority, place or expose goods, wares or merchandise or articles of any kind upon any metropolitan road allowance or hang or put up any goods, wares or merchandise, or other articles outside of any building so that the same shall project over any portion of a metropolitan road allowance.

11a (1) The council of each of the area municipalities set out in Schedule "A" to this By-Law is hereby empowered to lease or license the use of sidewalks and untravalled portions of Metropolitan roads within those portions of such area municipality in which land may be used for commercial or industrial purposes, to the owners or occupants of adjoining property for such purposes as the said council may by lease or license permit, and for such consideration and upon such terms and conditions as may be agreed. [Section 11a was added through Metro By-law 115-77.]

Schedule "A": the Borough of East York, the Borough of Etobicoke, the Borough of North York, the Borough of Scarborough, and the Borough of York

Section 11a(1) permits scheduled area municipalities to grant licences to the owners or occupiers of property which abuts Metropolitan roads. The city of Toronto was removed from Schedule "A" in March of 1978, with the result that s. 11a had no application to the city of Toronto at the time the appellant was charged.

However, through Metro By-law 97-80, Metro delegated to scheduled area municipalities the authority to lease or license the use of sidewalks and untravalled portions of Metropolitan roads.

la Communauté urbaine sont exercés par son conseil au moyen de l'adoption de règlements. Deux de ces règlements ont pour objet de conférer aux municipalités de secteur le pouvoir de délivrer un permis aux vendeurs ambulants: les règlements 211-74 et 97-80 de la Communauté urbaine. Les articles 11 et 11a du règlement 211-74 de la Communauté urbaine prévoient:

[TRADUCTION] **11.** Nul ne doit, sans autorisation légitime, placer ou étaler des marchandises ou articles de quelque sorte que ce soit sur les routes de la Communauté urbaine, ni accrocher des marchandises ou autres articles à l'extérieur des bâtisses de façon à surplomber quelque section d'une route de la Communauté urbaine.

11a (1) Le conseil de chacune des municipalités de secteur, énumérées à l'annexe «A» du présent règlement, est par les présentes habilité à louer, pour une contrepartie ou aux conditions convenues, les trottoirs et les sections non utilisées des routes de la Communauté urbaine dans les zones de la municipalité de secteur où les biens-fonds peuvent être utilisés à des fins commerciales ou industrielles, aux propriétaires ou aux occupants des terrains attenants aux fins que ledit conseil peut autoriser par bail ou permis, ou à assujettir leur utilisation à la délivrance d'un permis. [L'article-11a a été ajouté au moyen du règlement 115-77 de la Communauté urbaine.]

Annexe «A»: la municipalité d'East York, la municipalité d'Etobicoke, la municipalité de North York, la municipalité de Scarborough et la municipalité de York

Le paragraphe 11a(1) permet aux municipalités de secteur mentionnées dans l'annexe de délivrer des permis aux propriétaires ou aux occupants des biens-fonds attenants aux routes de la Communauté urbaine. La ville de Toronto a été rayée de l'annexe «A» en mars 1978, de sorte que l'art. 11a ne s'appliquait pas à la ville de Toronto à l'époque où l'accusation a été portée contre l'appelant.

Toutefois, au moyen de son règlement 97-80, la Communauté urbaine a délégué aux municipalités de secteur mentionnées dans l'annexe le pouvoir de louer les trottoirs et les sections non utilisées des routes de la Communauté urbaine ou d'assujettir leur utilisation à la délivrance d'un permis. La ville de Toronto a été incluse dans l'annexe «A» de

The city of Toronto was included in Schedule "A" to this by-law. Metro By-law 97-80 provides:

1. (1) Notwithstanding the provisions of By-law No. 211-74, as amended, the Council of each of the area municipalities set out in Schedule "A" to this By-law is hereby empowered to lease or license the use of sidewalks and untravelled portions of Metropolitan roads within those portions of such area municipality in which land may be used for commercial or industrial purposes to the owners in possession or the occupants of adjoining properties for the purposes of:

- (a) display of merchandise;
- (b) operation of boulevard cafes;
- (c) installation of bicycle stands;
- (d) holding of sidewalk sales.

Schedule "A": the city of Toronto, the city of North York

The city of Toronto exercised its delegated power by enacting By-law 618-80. Section 1(1) of that By-law reads as follows:

1. (1) An owner or occupant of land used for commercial or industrial purposes which abuts on the sidewalk or untravelled portion of a Metropolitan road within the City of Toronto may apply to the Commissioner of Public Works and the Environment to lease or license the use of such sidewalk and untravelled portion of the Metropolitan road within the City of Toronto for the purposes of:

- (a) display of merchandise;
- (b) operation of boulevard cafes;
- (c) installation of bicycle stands;
- (d) holding of sidewalk sales.

The effect of By-law 618-80 is that only vendors who own or occupy abutting property can apply for licences to sell on the street.

The Court of Appeal held that the statutory basis for s. 11 of Metro By-law 211-74 was to be found in ss. 314(1), para. 1 and 210, para. 140 of the

ce règlement. Le règlement 97-80 de la Communauté urbaine prévoit:

[TRADUCTION] 1. (1) Nonobstant les dispositions du règlement n° 211-74 et ses modifications, le conseil de chacune des municipalités de secteur mentionnées dans l'annexe «A» du présent règlement est, par les présentes, habilité à louer les trottoirs et les sections non utilisées des routes de la Communauté urbaine dans les zones de la municipalité de secteur où les biens-fonds peuvent être utilisés à des fins commerciales ou industrielles, aux propriétaires ou aux occupants des terrains attenants, ou à assujettir leur utilisation à la délivrance d'un permis aux fins:

- a) d'étaler des marchandises;
- b) d'exploiter des cafés terrasses;
- c) d'installer des supports à bicyclettes;
- d) de tenir des ventes sur le trottoir.

Annexe «A»: la ville de Toronto, la ville de North York

La ville de Toronto a exercé son pouvoir délégué en adoptant le règlement 618-80. Le paragraphe 1(1) de ce règlement est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] 1. (1) Le propriétaire ou l'occupant d'un bien-fonds utilisé à des fins commerciales ou industrielles qui est attenant au trottoir ou à la section non utilisée d'une route de la Communauté urbaine, sis dans la ville de Toronto, peut s'adresser au commissaire des travaux publics et de l'environnement pour louer ce trottoir et la section non utilisée de la route de la Communauté urbaine, sis dans la ville de Toronto, ou obtenir un permis autorisant son utilisation aux fins:

- a) d'étaler des marchandises;
- b) d'exploiter des cafés terrasses;
- c) d'installer des supports à bicyclettes;
- d) de tenir des ventes sur le trottoir.

Le règlement 618-80 a pour effet que seuls les vendeurs qui possèdent ou occupent un bien-fonds attenant peuvent solliciter un permis pour vendre dans la rue.

La Cour d'appel a statué que le fondement légal de l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine se trouvait dans la disposition 1 du

Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45 (formerly ss. 315, para. 1 and 210, para. 134):

314.—(1) The councils of all municipalities may pass by-laws:

1. For prohibiting or regulating the obstructing, encumbering, injuring or fouling of highways or bridges.

210. By-laws may be passed by the councils of local municipalities:

140. For prohibiting and abating public nuisances.

This appeal also raises the issue of the applicability of s. 310 of the *Municipal Act*, which states:

310. By-laws may be passed by the council of every local municipality,

(a) for leasing or licensing the use of untravelled portions of highways under the jurisdiction of the council, except highways that are extensions or connecting links of the King's Highway, to the owners or occupants of adjoining property for such consideration and upon such terms and conditions as may be agreed;

(b) for regulating and controlling the use, including the use for parking purposes, of untravelled portions of highways under the jurisdiction of the council that are not extensions or connecting links of the King's Highway, which are leased or in respect of which a licence is granted under clause (a).

The appellant was also charged with the following *Criminal Code* offence:

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46:

129. Every one who

(a) resists or wilfully obstructs a public officer or peace officer in the execution of his duty or any person lawfully acting in aid of such an officer,

par. 314(1) et la disposition 140 de l'art. 210 de la *Loi sur les municipalités*, L.R.O. 1990, ch. M.45 (auparavant la disposition 1 de l'art. 315 et la disposition 134 de l'art. 210):

314 (1) Le conseil d'une municipalité peut adopter des règlements municipaux:

1. Pour interdire ou pour réglementer l'obstruction, l'encombrement, l'endommagement et l'encrassement des voies publiques et des ponts.

210 Les conseils des municipalités locales peuvent adopter des règlements municipaux:

140. Pour interdire et supprimer les nuisances publiques.

Le présent pourvoi soulève également la question de l'applicabilité de l'art. 310 de la *Loi sur les municipalités*, qui prévoit:

310 Les conseils des municipalités locales peuvent adopter des règlements municipaux:

a) pour louer, aux conditions convenues, les sections non utilisées des voies publiques qui relèvent de la compétence du conseil aux propriétaires ou occupants des terrains contigus à ces sections ou assujettir leur utilisation à la délivrance d'un permis, exception faite des prolongements de la route principale ou des voies de jonction à celle-ci;

b) pour réglementer et contrôler l'affectation, y compris celle aux fins de stationnement, des sections non utilisées des voies publiques qui ont été louées ou pour l'utilisation desquelles un permis a été délivré en vertu de l'alinéa a) et qui font partie des voies publiques relevant de la compétence du conseil et qui ne sont ni des prolongements de la route principale ni des voies de jonction de celle-ci.

L'appelant a également été accusé de l'infraction suivante au *Code criminel*:

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

129. Quiconque, selon le cas:

a) volontairement entrave un fonctionnaire public ou un agent de la paix dans l'exécution de ses fonctions ou toute personne prêtant légalement main-forte à un tel fonctionnaire ou agent, ou lui résiste en pareil cas;

is guilty of

- (d) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years, or
- (e) an offence punishable on summary conviction.

Other relevant legislation includes the following:

Municipal Act, s. 327 (formerly s. 326):

327. Where any by-law of a municipality or of a local board thereof, passed under the authority of this or any other general or special Act, is contravened and a conviction entered, in addition to any other remedy and to any penalty imposed by the by-law, the court in which the conviction has been entered, and any court of competent jurisdiction thereafter, may make an order prohibiting the continuation or repetition of the offence by the person convicted.

Police Act, R.S.O. 1980, c. 381, s. 57 [rep. 1990, c. 10, s. 148(1)]:

57. The members of police forces appointed under Part II, except assistants and civilian employees, are charged with the duty of preserving the peace, preventing robberies and other crimes and offences, including offences against the by-laws of the municipality, and apprehending offenders, and commencing proceedings before the proper tribunal, and prosecuting and aiding in the prosecuting of offenders, and have generally all the powers and privileges and are liable to all the duties and responsibilities that belong to constables.

Provincial Offences Act, R.S.O. 1990, c. P.33 (formerly R.S.O. 1980, c. 400):

3.—(1) In addition to the procedure set out in Part III for commencing a proceeding by laying an information, a proceeding in respect of an offence may be commenced by filing a certificate of offence alleging the offence in the office of the court.

(2) A provincial offences officer who believes that one or more persons have committed an offence may issue, by completing and signing, a certificate of offence certifying that an offence has been committed and,

- (a) an offence notice indicating the set fine for the offence; or
- (b) a summons,

est coupable:

- d) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;
- e) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Parmi les autres dispositions législatives pertinentes, mentionnons:

Loi sur les municipalités, art. 327 (auparavant l'art. 326):

327 En plus des recours et des sanctions prévus dans le règlement municipal adopté par la municipalité ou un de ses conseils locaux en vertu de la présente loi ou d'une autre loi générale ou spéciale, le tribunal qui déclare un contrevenant coupable, et tout tribunal compétent peut par la suite rendre une ordonnance lui interdisant de continuer à enfreindre le règlement municipal ou de l'enfreindre à nouveau.

Loi sur la police, L.R.O. 1980, ch. 381, art. 57 [abr. 1990, ch. 10, par. 148(1)]:

[TRADUCTION] 57. Les membres de corps policiers nommés en vertu de la partie II, à l'exception des adjoints et des employés civils, ont le devoir de veiller à l'ordre public, de prévenir les vols qualifiés et autres crimes et infractions, dont les infractions aux règlements municipaux, d'appréhender les criminels, d'engager des procédures devant le tribunal compétent, de poursuivre et d'aider à poursuivre les contrevenants, et ils possèdent généralement tous les pouvoirs et privilèges des constables et en assument toutes les fonctions et responsabilités.

Loi sur les infractions provinciales, L.R.O. 1990, ch. P.33 (auparavant L.R.O. 1980, ch. 400):

3 (1) Une instance relative à une infraction, en plus de pouvoir être introduite au moyen du dépôt d'une dénonciation, comme le prévoit la partie III, peut être introduite au moyen du dépôt d'un procès-verbal d'infraction à l'égard de l'infraction reprochée au greffe du tribunal.

(2) L'agent des infractions provinciales qui croit qu'une ou plusieurs personnes ont commis une infraction peut délivrer un procès-verbal d'infraction, dressé et signé par lui, attestant qu'une infraction a été commise et:

- a) soit un avis d'infraction indiquant l'amende fixée à l'égard de l'infraction;
- b) soit une assignation,

in the form prescribed under section 13.

23.—(1) Any person who, on reasonable and probable grounds, believes that one or more persons have committed an offence, may lay an information in the prescribed form and under oath before a justice alleging the offence and the justice shall receive the information.

Criminal Code, s. 495:

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

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

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

III. Judgments in the Courts Below

1. *Provincial Offences Court* (By-law Charge)

Draper Prov. Ct. J. dealt with two challenges raised by the defence to the validity of the by-law scheme. The appellant submitted that Metro did not have jurisdiction to control the sidewalks adjacent to Metro roads, because, based on the wording of the *Municipality of Metropolitan Toronto Act*, R.S.O. 1990, c. M.62 (formerly R.S.O. 1980, c. 314), the sidewalk running along Yonge Street was not a Metropolitan road. Judge Draper found that Yonge Street had been legally designated a Metropolitan road in accordance with the *Municipality of Metropolitan Toronto Act*. After considering case law and pertinent legislation, he concluded that the term "road" as used in the *Municipality of Metropolitan Toronto Act*, was equivalent to the term "road allowance" used in the by-law in question. The term "road allowance" was held to include the sidewalks in the Metro

rédigés selon la formule prescrite aux termes de l'article 13.

23 (1) Quiconque croit, en se fondant sur des motifs raisonnables et probables, qu'une ou plusieurs personnes ont commis une infraction peut déposer sous serment devant un juge une dénonciation rédigée selon la formule prescrite, exposant l'infraction reprochée. Le juge reçoit la dénonciation.

Code criminel, art. 495:

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

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

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

III. Les juridictions inférieures

1. *La Cour des infractions provinciales*. (l'accusation portée en vertu du règlement)

Le juge Draper de la Cour provinciale a examiné deux contestations soulevées par la défense quant à la validité du régime de réglementation. L'appelant a soutenu que la Communauté urbaine n'avait pas le pouvoir de contrôler l'usage des trottoirs adjacents aux routes de la Communauté urbaine, parce que, selon le texte de la *Loi sur la municipalité de la communauté urbaine de Toronto*, L.R.O. 1990, ch. M.62 (auparavant L.R.O. 1980, ch. 314), le trottoir longeant la rue Yonge n'était pas une route de la Communauté urbaine. Le juge Draper a statué que la rue Yonge avait été légalement désignée comme étant une route de la Communauté urbaine conformément à la *Loi sur la municipalité de la communauté urbaine de Toronto*. Après avoir examiné la jurisprudence et les lois pertinentes, il a conclu que le mot «route» («road») utilisé dans la *Loi sur la municipalité de la communauté urbaine de Toronto*, était l'équivalent du mot «route» («road allowance») utilisé dans le règlement en question. Le mot «route» («road allowance») a été considéré

road system, including Yonge Street where the by-law offence took place.

The appellant also alleged that s. 11a of Metro By-law 211-74 violated s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant contended that street vendors were subject to discrimination under the licensing regime because, unlike owners and occupiers of adjoining property, they were not eligible for leases or licences to expose goods for sale. Judge Draper noted that the municipality had an essential duty to preserve pedestrian access to sidewalks. He observed that s. 11 of Metro By-law 211-74 was authorized by s. 210 of the *Municipal Act* and that the licensing regime provided Metro with the means to restrict commercial use of sidewalks in order to meet this primary obligation. He concluded that the by-law did not single out the appellant for discriminatory treatment and was, therefore, not in violation of s. 15 of the *Charter*. The appellant was convicted under s. 11 of Metro By-law 211-74, fined \$2,000, and ordered not to sell flowers on a specified portion of Yonge Street for the two years of his probation.

2. *Provincial Court (Criminal Division)* (Criminal Charge)

In dealing with the criminal charge, Paris Prov. Ct. J. found that the appellant had been provided with notice that he risked criminal sanction if he remained on the sidewalk in contravention of the constable's order to move on. The fact that the appellant had remained on the advice of his employer was not in itself a defence but was a matter to be considered on sentencing. The appellant was convicted but granted a conditional discharge with one year's probation.

comme comprenant les trottoirs du système routier de la Communauté urbaine, y compris la rue Yonge où est survenue l'infraction au règlement.

L'appelant a également allégué que l'art. 11a du règlement 211-74 de la Communauté urbaine violait le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a prétendu que les vendeurs ambulants étaient victimes de discrimination sous le régime de permis parce que, contrairement aux propriétaires et aux occupants des terrains adjacents, ils n'étaient pas admissibles à des baux ou à des permis pour étaler des marchandises en vente. Le juge Draper a noté que la municipalité avait l'obligation essentielle de préserver l'accès des piétons aux trottoirs. Il a fait remarquer que l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine était autorisé par l'art. 210 de la *Loi sur les municipalités* et que le régime de permis fournissait à la Communauté urbaine le moyen de restreindre l'utilisation commerciale des trottoirs de manière à s'acquitter de sa responsabilité première. Il a conclu que le règlement ne soumettait pas l'appelant à un traitement discriminatoire et qu'il ne contrevenait donc pas à l'art. 15 de la *Charte*. L'appelant a été reconnu coupable en vertu de l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine, a été condamné à une amende de 2 000 \$ et s'est vu enjoindre de ne plus vendre de fleurs dans une section précise de la rue Yonge pendant ses deux années de probation.

2. *La Cour provinciale (Division criminelle)* (l'accusation criminelle)

En examinant l'accusation criminelle, le juge Paris de la Cour provinciale a conclu que l'appelant avait été avisé qu'il risquait une sanction criminelle s'il n'obtempérait pas à l'ordre de circuler du policier et restait sur le trottoir. Le fait que l'appelant soit resté là sur les conseils de son employeur ne constituait pas en soi un moyen de défense mais était une question à prendre en considération au moment de la détermination de la sentence. L'appelant a été reconnu coupable mais il s'est vu accorder une libération conditionnelle assortie d'une année de probation.

3. *District Court of Ontario* (1989), 7 W.C.B. (2d) 430 (By-law Charge)

On appeal from the by-law infraction conviction, Lang Dist. Ct. J. found that Metro By-law 211-74 was *intra vires* the regulatory power of Metro under ss. 210, para. 73, 210, para. 140, and 314(1), para. 1 (formerly ss. 210, para. 66, 210, para. 134, and 315, para. 1) of the *Municipal Act*. While declining to apply the similarly situated analysis employed by the trial judge, she went on to reject the appellant's s. 15 *Charter* argument. She noted that any discrimination suffered by the appellant was not founded upon an enumerated ground under s. 15(1). She also found that no evidence had been adduced in support of the contention that street vendors formed a class of persons subject to economic disadvantage such that they might be characterized as an analogous group under s. 15. She dismissed the appellant's appeal from his conviction under the by-law.

4. *District Court of Ontario* (Criminal Charge)

In dismissing the appeal from the obstruction charge, Crossland Dist. Ct. J. determined that Constable Coulis had been acting in the execution of his duty as set out in s. 57 of the *Police Act* in enforcing the by-law and in attempting to prevent a continued breach of the by-law. He held that recharging the appellant with by-law infractions would have been to no avail and that the officer had no means of preventing further breaches other than to lay the obstruction charge.

5. *Ontario Court of Appeal* (1991), 62 C.C.C. (3d) 147

The appellant's appeals on both charges were heard together at the Ontario Court of Appeal. An

3. *La Cour de district de l'Ontario* (1989), 7 W.C.B. (2d) 430 (l'accusation portée en vertu du règlement)

En appel de la déclaration de culpabilité pour l'infraction au règlement, le juge Lang de la Cour de district a statué que le règlement 211-74 de la Communauté urbaine relevait du pouvoir de réglementation de la Communauté urbaine en vertu des art. 210, disp. 73, et 210, disp. 140, ainsi que du par. 314(1), disp. 1 (auparavant les art. 210, disp. 66, 210, disp. 134, et 315, disp. 1), de la *Loi sur les municipalités*. Tout en refusant d'appliquer l'analyse fondée sur une situation semblable effectuée par le juge du procès, elle a ensuite rejeté l'argument de l'appelant fondé sur l'art. 15 de la *Charte*. Elle a noté que toute discrimination subie par l'appelant n'était pas fondée sur un motif énuméré au par. 15(1). Elle a également constaté qu'aucun élément de preuve n'avait été produit à l'appui de la prétention que les vendeurs ambulants formaient une catégorie de personnes si défavorisées sur le plan économique qu'ils pouvaient être considérés comme un groupe analogue en vertu de l'art. 15. Elle a rejeté l'appel interjeté par l'appelant contre sa déclaration de culpabilité aux termes du règlement.

4. *La Cour de district de l'Ontario* (l'accusation criminelle)

En rejetant l'appel interjeté à l'égard de l'accusation d'entrave, le juge Crossland de la Cour de district a décidé que l'agent de police Coulis avait agi dans l'exercice de ses fonctions énoncées à l'art. 57 de la *Loi sur la police*, en appliquant le règlement et en essayant d'empêcher que l'on continue de l'enfreindre. Il a jugé que le fait d'accuser de nouveau l'appelant d'infractions au règlement n'aurait servi à rien et que l'agent ne disposait d'aucun autre moyen d'empêcher d'autres violations si ce n'était de porter une accusation d'entrave à son travail.

5. *La Cour d'appel de l'Ontario* (1991), 62 C.C.C. (3d) 147

Les appels interjetés par l'appelant à l'égard des deux accusations ont été entendus en même temps

appeal in *R. v. Greenbaum*, which also dealt with the validity of the impugned by-law scheme, was heard separately by the Court of Appeal, which issued one set of reasons for all three appeals.

On behalf of the majority, Osborne J.A. began by pointing out that the lower courts had erred in failing to note that the city of Toronto was not one of the scheduled municipalities referred to in s. 11a of Metro By-law 211-74. However, he found that error had little significance because the combined effect of Metro By-laws 211-74 and 97-80, and City of Toronto By-law 618-80, was to include the city of Toronto in the scheme. Both the majority and the dissent found that these by-laws had been validly enacted under ss. 210, para. 140 and 314(1), para. 1 (formerly ss. 210, para. 134, and 315, para. 1) of the *Municipal Act* and that the *Charter* arguments were without merit.

Before the Court of Appeal, the appellant argued that the licensing scheme was discriminatory in the municipal law or administrative law sense because it impermissibly distinguished between street vendors and owners or occupants of property adjoining the street. Osborne J.A. considered the distinction in the context of the nuisance addressed. He found that Metro had a legitimate interest in keeping its roads and sidewalks unobstructed and that the broad purpose of Metro By-law 211-74 was to prohibit and regulate that interest. As for the distinction between street vendors and store vendors, he found that any distinction in treatment was not discriminatory because the two were different classes of vendors (at pp. 156-57):

In my opinion, there are significant differences between street vendors, such as the appellants, and vendors who own or occupy abutting commercial property; owner/occupant vendors may, by licence issued on occasion,

à la Cour d'appel de l'Ontario. L'appel *R. c. Greenbaum*, qui portait également sur la validité du régime de réglementation contesté, a été entendu séparément par la Cour d'appel qui a formulé une seule série de motifs pour les trois appels.

Le juge Osborne a commencé par souligner, au nom de la majorité, que les juridictions inférieures avaient commis une erreur en ne faisant pas remarquer que la ville de Toronto n'était pas l'une des municipalités mentionnées dans l'annexe et visées par l'art. 11a du règlement 211-74 de la Communauté urbaine. Toutefois, il a statué que cette erreur avait peu d'importance puisque les règlements 211-74 et 97-80 de la Communauté urbaine et le règlement 618-80 de la ville de Toronto avaient pour effet conjugué d'inclure la ville de Toronto dans le régime. Les juges formant la majorité et le juge dissident ont conclu que ces règlements avaient été adoptés valablement en vertu de l'art. 210, disp. 140, et du par. 314(1), disp. 1, (auparavant les art. 210, disp. 134, et 315, disp. 1), de la *Loi sur les municipalités*, et que les arguments fondés sur la *Charte* n'étaient pas justifiés.

Devant la Cour d'appel, l'appelant a soutenu que le régime de permis était discriminatoire au sens du droit municipal ou du droit administratif parce qu'il établissait une distinction inacceptable entre les vendeurs ambulants et les propriétaires ou occupants de terrains adjacents à la rue. Le juge Osborne a examiné la distinction dans le contexte de la nuisance en cause. Il a conclu que la Communauté urbaine avait un intérêt légitime à garder dégagés ses routes et ses trottoirs et que le règlement 211-74 de la Communauté urbaine visait en général à établir des interdictions et à réglementer cet intérêt. Quant à la distinction entre les vendeurs ambulants et les commerçants, il a conclu que toute distinction dans le traitement n'était pas discriminatoire parce que les deux constituaient des catégories différentes de vendeurs (aux pp. 156 et 157):

[TRADUCTION] À mon avis, il y a des différences importantes entre des vendeurs ambulants, tels que les appellants, et des vendeurs qui possèdent ou occupent un fonds de commerce attenant; les vendeurs propriétaires-

under the provisions of By-law 618-80, display their goods and wares on the sidewalk and hold sidewalk sales, within defined areas. They generally seek short term specific uses of an abutting sidewalk. They are required to pay business property and utility taxes. Street vendors are not. Owners and occupants of abutting properties are required to clear sidewalks of ice and snow. Street vendors have no such obligation. I think that it is entirely reasonable to draw a distinction between store vendors and street vendors such as the appellants. They are not members of the same class.

Osborne J.A. distinguished both *R. v. Varga* (1979), 51 C.C.C. (2d) 558 (Ont. C.A.), and *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368, from the present case because in those cases the municipalities had impermissibly discriminated within a class specified by the provincial legislature. He concluded that the regulatory distinction between street vendors and store vendors did not detract from the scheme's validity because regulatory schemes, by their very nature, are not intended to permit all persons to participate in the regulated activity.

On the criminal charge, Osborne J.A. found that the police officer had both common law and statutory authority to enforce the by-law, founded upon the decision of this Court in *Johanson v. The King* (1947), 3 C.R. 508, and s. 57 of the *Police Act*. He rejected the contention that the obstruction charge amounted to double jeopardy for the same act and that the prevention of a repetition or continuation of the appellant's breach of Metro By-law 211-74 should have been achieved by resort to the offences and penalties contained within the by-law itself, or by resort to injunctive relief as contemplated by s. 327 (formerly s. 326) of the *Municipal Act*. He held that the existence of other avenues of relief did not erode the officer's authority to seek to enforce the by-law.

occupants peuvent, grâce à un permis délivré à l'occasion, en vertu des dispositions du règlement 618-80, étaler leurs marchandises sur le trottoir et y tenir des ventes, dans des secteurs déterminés. En général, ils cherchent à faire un usage précis et à court terme d'un trottoir attenant. Ils sont tenus de payer des taxes d'affaires et des taxes pour les services publics. Les vendeurs ambulants n'y sont pas tenus. Les propriétaires et les occupants des biens-fonds attenants sont tenus d'enlever la neige et la glace des trottoirs. Les vendeurs ambulants n'ont pas d'obligations de ce genre. Je crois qu'il est tout à fait raisonnable d'établir une distinction entre les commerçants et des vendeurs ambulants comme les appelants. Ils ne font pas partie de la même catégorie.

Le juge Osborne a distingué les deux arrêts *R. c. Varga* (1979), 51 C.C.C. (2d) 558 (C.A. Ont.), et *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368, d'avec la présente affaire parce que, dans ces affaires, les municipalités avaient établi une distinction inacceptable au sein d'une catégorie mentionnée par la législature provinciale. Il a conclu que la distinction faite dans le règlement entre les vendeurs ambulants et les commerçants ne portait pas atteinte à la validité du régime puisque les régimes de réglementation, de par leur nature même, n'ont pas pour objet de permettre à toutes les personnes de participer à l'activité réglementée.

En ce qui concerne l'accusation criminelle, le juge Osborne a statué que le policier avait le pouvoir, tant en vertu de la common law qu'en vertu de la loi, d'appliquer le règlement, compte tenu de l'arrêt de notre Cour *Johanson c. The King* (1947), 3 C.R. 508, et de l'art. 57 de la *Loi sur la police*. Il a rejeté la prétention que l'accusation d'entrave équivalait à une double incrimination pour le même acte et qu'on aurait dû empêcher l'appelant de continuer d'enfreindre ou d'enfreindre de nouveau le règlement 211-74 de la Communauté urbaine, en recourant aux infractions et aux peines prévues dans le règlement lui-même, ou à l'injonction envisagée par l'art. 327 (auparavant l'art. 326) de la *Loi sur les municipalités*. Il a estimé que l'existence d'autres possibilités de recours n'avait pas pour effet de miner le pouvoir de l'agent d'essayer d'appliquer le règlement.

In her dissent, Arbour J.A. disagreed with the majority's conclusion that Metro By-law 97-80 and City of Toronto By-law 618-80 were not discriminatory. Arbour J.A. held that, even if the distinction between free-standing street vendors and owners/occupiers of abutting property was reasonable, this was not conclusive of the by-laws' validity. She stated that it is a well-established rule of administrative law that the power to enact by-laws does not include the power to enact discriminatory by-laws unless the enabling legislation provided for the discrimination directly or by necessary implication. She defined discrimination in the administrative law sense as the drawing of a distinction by a subordinate authority that is not authorized by the enabling legislation, relying upon the decision of this Court in *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, *supra*. In her view, the issue to be addressed was not whether the distinction in the by-laws was reasonable given the context of the nuisance involved, but whether the distinction is authorized. She noted that what has been called the "neutral rule of discrimination" has often been used to strike down seemingly innocuous municipal legislation. She referred to the holding of this Court in *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, *supra*, as follows (at pp. 164-65):

... distinctions ... are often perfectly reasonable in the narrow sense that they are wise, rational or judicious; none the less, they must also be reasonable in the legal sense that their wisdom is reserved to the sovereign, rather than the subordinate, legislator.

Applying the doctrine to the case before her, Arbour J.A. found at p. 168 that:

... none of the provisions of the *Municipal Act* authorize, directly or by necessary implication, the distinction drawn in the by-laws between two classes of street vendors. The power to regulate the obstruction or incumbrance of highways does not provide authority for municipalities to discriminate between classes of persons who would be permitted to encumber the roads.

Dans sa dissidence, le juge Arbour s'est dite en désaccord avec la conclusion des juges formant la majorité, selon laquelle le règlement 97-80 de la Communauté urbaine et le règlement 618-80 de la ville de Toronto n'étaient pas discriminatoires. Le juge Arbour a statué que, même si la distinction, entre les vendeurs ambulants indépendants et les propriétaires-occupants de biens-fonds attenants était raisonnable, cela n'était pas concluant quant à la validité des règlements. Elle a déclaré qu'en droit administratif il est bien établi que le pouvoir d'adopter des règlements ne comporte pas celui d'en adopter des discriminatoires à moins que le texte législatif habilitant ne prescrive la discrimination directement ou par déduction nécessaire. Se fondant sur l'arrêt de notre Cour *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, précité, le juge Arbour a défini la discrimination au sens du droit administratif comme étant l'établissement, par une autorité subordonnée, d'une distinction non autorisée par le texte législatif habilitant. À son avis, il s'agissait de déterminer non pas si la distinction prévue dans les règlements était raisonnable dans le contexte de la nuisance en cause, mais si la distinction est permise. Elle a noté que ce qu'on a appelé le «critère neutre de discrimination» a souvent été utilisé pour annuler des règlements municipaux apparemment inoffensifs. Elle s'est ainsi reportée à la conclusion de notre Cour dans l'arrêt *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, précité (aux pp. 164 et 165):

[TRADUCTION] ... les distinctions [...] sont souvent tout à fait raisonnables au sens strict selon lequel elles sont sages, rationnelles ou judicieuses; néanmoins, elles doivent également être raisonnables au sens juridique selon lequel leur sagesse est réservée au législateur souverain plutôt que subordonné.

Appliquant cette théorie à l'affaire dont elle était saisie, le juge Arbour a statué, à la p. 168, que:

[TRADUCTION] ... aucune disposition de la *Loi sur les municipalités* ne permet, directement ou par déduction nécessaire, la distinction établie dans les règlements entre deux catégories de vendeurs ambulants. Le pouvoir de réglementer l'obstruction ou l'encombrement des voies publiques ne confère pas aux municipalités le pouvoir d'établir une distinction entre des catégories de personnes qui seraient autorisées à encombrer les routes.

Arbour J.A. concluded that s. 11 of Metro By-law 211-74, Metro By-law 97-80 and City of Toronto By-law 618-80 created a discriminatory licensing scheme which could only be corrected by striking down the prohibition contained in s. 11 of Metro By-law 211-74 as well as Metro By-law 97-80 and City of Toronto By-law 618-80. Arbour J.A. therefore held that s. 11 of Metro By-law 211-74, Metro By-law 97-80 and City of Toronto By-law 618-80 were *ultra vires* the powers conferred on Metro and the city of Toronto by the *Municipal Act* and would have ordered that they be quashed.

Arbour J.A. also reached a different conclusion with respect to the appellant's conviction under the *Criminal Code*. Given the invalidity of the by-law which the appellant was alleged to have breached, she held that the conviction itself could not stand. She went on to state, however, that the charge of obstruction should fail even if the by-law had survived scrutiny. In the absence of a specific statutory direction or binding judicial authority asserting that the peaceful repetition or continuation of an infraction against the by-law in question could be brought to an end under the threat of a criminal sanction, the use of the criminal charge of obstruction could not be justified (at pp. 169-70):

The specific powers of enforcement of provincial statutes and regulations as well as municipal by-laws are contained in the *Provincial Offences Act*, R.S.O 1980, c. 400. When Constable Coulis found the appellant apparently infringing s. 11 of By-law 211-74, he was empowered, by virtue of ss. 3 and 23 of the *Provincial Offences Act*, to issue a certificate of offence, together with an offence notice or a summons, or to lay an information before a justice of the peace, who may then have issued a summons.

She continued (at p. 170):

There are no provisions, either in By-law 211-74 or in the *Provincial Offences Act*, empowering the police to

Le juge Arbour a conclu que l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine, le règlement 97-80 de la Communauté urbaine et le règlement 618-80 de la ville de Toronto ont créé un régime de permis discriminatoire qui ne pourrait être rectifié que par l'abolition de l'interdiction prévue à l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine, ainsi que du règlement 97-80 de la Communauté urbaine et du règlement 618-80 de la ville de Toronto. Le juge Arbour a donc statué que l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine, le règlement 97-80 de la Communauté urbaine et le règlement 618-80 de la ville de Toronto excédaient les pouvoirs conférés à la Communauté urbaine et à la ville de Toronto par la *Loi sur les municipalités*, et elle aurait ordonné leur annulation.

Le juge Arbour a également abouti à une conclusion différente en ce qui concerne la déclaration de culpabilité de l'appelant en vertu du *Code criminel*. Vu l'invalidité du règlement auquel l'appelant aurait contrevenu, elle a estimé que la déclaration de culpabilité elle-même ne pouvait pas tenir. Elle a déclaré ensuite, cependant, que l'accusation d'entrave devrait tomber même si le règlement avait survécu à un examen rigoureux. En l'absence d'une directive législative précise ou d'un précédent voulant qu'il serait possible de mettre fin à la répétition ou à la continuation paisible d'une infraction au règlement en question, par la menace d'une sanction criminelle, le recours à l'accusation criminelle d'entrave ne saurait être justifié (aux pp. 169 et 170):

[TRADUCTION] Les pouvoirs précis d'application des lois et règlements provinciaux ainsi que des règlements municipaux sont prévus dans la *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1980, ch. 400. Lorsque l'agent de police Coulis a conclu que l'appelant contrevenait apparemment à l'art. 11 du règlement 211-74, il avait le pouvoir, en vertu des art. 3 et 23 de la *Loi sur les infractions provinciales*, de délivrer un procès-verbal d'infraction en même temps qu'un avis d'infraction ou une assignation, ou de déposer une dénonciation auprès d'un juge de paix, qui aurait pu alors délivrer une assignation.

Elle a poursuivi (à la p. 170):

[TRADUCTION] Il n'y a aucune disposition, ni dans le règlement 211-74 ni dans la *Loi sur les infractions pro-*

arrest without a warrant nor to obtain an arrest warrant for that offence. . . .

In my view, the deliberate legislative choice not to permit arrest for this kind of municipal offence cannot be circumvented by a police officer ordering the accused to desist from the conduct constituting infringement of the by-law, thereby exposing the accused to liability for the *Criminal Code* offence of obstruction and thus triggering the arrest powers contained in s. 495 of the *Code*. . . .

Arbour J.A. (at pp. 170-71) held that such broad powers of arrest to enforce municipal by-laws could not be found in s. 57 of the *Police Act*:

The general duties contained in s. 57 of the *Police Act* are clearly subject to the specific statutory power given to the police to direct them as to how to discharge these general duties. For instance, the general duty to apprehend offenders cannot be relied upon to expand on the statutorily limited powers of arrest without a warrant; the general duty to prevent crime cannot expand the statutory authority of the police to search, seize or wiretap. In the same way, the general duty to enforce municipal by-laws must be read subject to the limited enforcement powers contained in the by-laws themselves, in the *Provincial Offences Act* or in any other relevant legislation, as well as in the common law powers incidental to them, such as the power to search as an incident to a valid arrest.

Here the legislature has not seen fit to provide for a mechanism by which the conduct prohibited by s. 11 of the by-law can be immediately brought to a halt. A police officer may invite a person to desist. He or she may issue a new summons if the offence is being repeated. However, the continuation of such conduct, absent circumstances amounting to a breach of the peace or interfering with the authority of the police officer to issue the summons, cannot amount to obstruction, in my opinion, even after the alleged offender has been warned to stop his activities.

vinciales, qui habilite la police à arrêter quelqu'un sans mandat ou à obtenir un mandat d'arrestation pour cette infraction. . . .

a À mon avis, un policier ne peut éluder le choix délibéré du législateur de ne pas permettre l'arrestation pour ce genre d'infraction municipale, en ordonnant à l'accusé de mettre fin au comportement qui constitue un manquement au règlement et, de ce fait, exposer l'accusé à la responsabilité de l'infraction d'entrave prévue au *Code criminel* et déclencher ainsi l'exercice des pouvoirs d'arrestation prévus à l'art. 495 du *Code*. . . .

c Le juge Arbour a conclu (aux pp. 170 et 171) que l'on ne pouvait trouver, à l'art. 57 de la *Loi sur la police*, des pouvoirs d'arrestation aussi larges pour l'application de règlements municipaux:

d [TRADUCTION] Les fonctions générales prévues à l'art. 57 de la *Loi sur la police* sont clairement assujetties au pouvoir précis que la Loi confère aux policiers pour les guider dans la façon de s'acquitter de ces fonctions générales. Par exemple, on ne peut pas invoquer la responsabilité générale d'appréhender les contrevenants pour expliquer les pouvoirs d'arrestation sans mandat limités que confère la Loi; la responsabilité générale de prévenir le crime ne saurait élargir le pouvoir que la Loi confère aux policiers d'effectuer des fouilles, des perquisitions et des saisies ou de faire de l'écoute électronique. De même, la responsabilité générale d'appliquer les règlements municipaux doit être interprétée sous réserve des pouvoirs limités d'application contenues dans les règlements eux-mêmes, dans la *Loi sur les infractions provinciales* ou dans toute autre loi pertinente, ainsi que dans les pouvoirs de common law qui leur sont accessoires, comme le pouvoir d'effectuer une fouille ou une perquisition accessoirement à une arrestation valide.

h En l'espèce, la législature ne semble pas avoir jugé bon de prévoir un mécanisme permettant de mettre fin immédiatement au comportement interdit par l'art. 11 du règlement. Un policier peut inviter une personne à cesser ses activités. Il peut délivrer une nouvelle assignation si l'infraction est répétée. Toutefois, le fait de continuer d'agir ainsi, en l'absence de circonstances équivalant à troubler la paix publique ou à contrecarrer le pouvoir du policier de délivrer l'assignation, ne peut, selon moi, équivaloir à une entrave, même après que le prétendu contrevenant a été averti de cesser ses activités.

The legislature has addressed the problem of repetition or continuation of infractions to municipal by-laws in s. 326 of the *Municipal Act*, which provides that:

326. Where any by-law of a municipality or of a local board thereof, passed under the authority of this or any other general or special Act, is contravened and a conviction entered, in addition to any other remedy and to any penalty imposed by the by-law, the court in which the conviction has been entered, and any court of competent jurisdiction thereafter, may make an order prohibiting the continuation or repetition of the offence by the person convicted.

Arbour J.A rejected the argument of the respondents that *Johanson v. The King, supra*, provides common law authority for an arrest. She distinguished that case on the basis that the by-law under which Johanson and Daniluk had been convicted contained a specific requirement of "obedience to police officers". She took the view that subsequent decisions of this Court and others did not grant as expansive an interpretation of the ratio of *Johanson v. The King* as that for which the respondents contended. She would have set aside the conviction and entered an acquittal.

IV. Analysis

1. *The By-law Charge*

I agree with Arbour J.A. that this case is governed by the decision of this Court in *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc., supra*, with respect to the discrimination in the by-law scheme. In that case, the Court held that the power to pass municipal by-laws does not entail that of enacting discriminatory provisions (*i.e.*, of drawing a distinction) unless in effect the enabling legislation authorizes such discriminatory treatment. See also Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2nd ed. 1971), at pp. 406.3-406.4:

It is a fundamental principle of municipal law that by-laws must affect equally all those who come within the ambit of the enabling enactment. Municipal legislation

La législature a abordé le problème de la répétition ou de la continuation d'infractions aux règlements municipaux à l'art. 326 de la *Loi sur les municipalités*, qui prévoit que:

326. En plus des recours et des sanctions prévus dans le règlement municipal adopté par la municipalité ou un de ses conseils locaux en vertu de la présente loi ou d'une autre loi générale ou spéciale, le tribunal qui déclare un contrevenant coupable, et tout tribunal compétent peut par la suite rendre une ordonnance lui interdisant de continuer à enfreindre le règlement municipal ou de l'enfreindre à nouveau.

Le juge Arbour a rejeté l'argument des intimés selon lequel l'arrêt *Johanson c. The King*, précité, prévoit un pouvoir d'arrestation fondé sur la common law. Elle a établi une distinction d'avec cette affaire en affirmant que le règlement en vertu duquel Johanson et Daniluk avaient été reconnus coupables prescrivait précisément l'[TRADUCTION] «obéissance aux policiers». Elle a adopté l'opinion selon laquelle les décisions ultérieures de notre Cour et d'autres tribunaux ne donnaient pas une interprétation aussi large du raisonnement suivi dans l'arrêt *Johanson c. The King* que celle préconisée par les intimés. Elle aurait annulé la déclaration de culpabilité et inscrit un verdict d'acquiescement.

IV. Analyse

1. *L'accusation portée en vertu du règlement*

Je conviens avec le juge Arbour que la présente affaire est régie par l'arrêt de notre Cour *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, précité, en ce qui concerne la discrimination dans le régime de réglementation. Dans cet arrêt, la Cour a statué que le pouvoir d'adopter des règlements municipaux n'emportait pas celui d'édicter des dispositions discriminatoires (*c.-à-d.* d'établir une distinction) à moins que la loi habilitante ne permette effectivement un tel traitement discriminatoire. Voir également Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2^e éd. 1971), aux pp. 406.3 et 406.4:

[TRADUCTION] C'est un principe fondamental en droit municipal que les règlements doivent toucher également tous ceux qui sont visés par le texte habilitant. Le règle-

must be impartial in its operation and must not discriminate so as to show favouritism to one or more classes of citizens. Any by-law violating this principle so that all the inhabitants are not placed in the same position regarding matters affected by it is illegal.

The general principle does not apply where the enabling statute clearly specifies that certain persons or things may be excepted from its operation or expressly authorizes some form of discrimination.

The rule against discriminatory by-laws is an outgrowth of the principle that, as statutory bodies, municipalities "may exercise only those powers expressly conferred by statute, those powers necessarily or fairly implied by the expressed power in the statute, and those indispensable powers essential and not merely convenient to the effectuation of the purposes of the corporation" (Makuch, *Canadian Municipal and Planning Law* (1983), at p. 115).

The Court of Appeal found that free-standing street vendors and owners/occupiers of property abutting sidewalks are in different classes and could reasonably be treated differently in the licensing scheme. However, in *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, *supra*, this Court recognized that discrimination in the municipal law sense was no more permissible between than within classes (at pp. 405-6). Further, the general reasonableness or rationality of the distinction is not at issue: discrimination can only occur where the enabling legislation specifically so provides or where the discrimination is a necessary incident to exercising the power delegated by the province (*Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, *supra*, at pp. 404-6). Sections 210, para. 73, 210, para. 140 and 314(1), para. 1 of the *Municipal Act*, do not, in my view, authorize any discriminatory treatment, between free-standing street vendors and those owning or occupying abutting property,

ment municipal doit être impartial dans son application et ne doit pas faire de distinction de manière à montrer un certain favoritisme envers une ou plusieurs catégories de citoyens. Tout règlement qui viole ce principe de telle sorte que les citoyens ne se trouvent pas tous dans la même situation en ce qui concerne les questions qu'il touche est illégal.

Ce principe général ne s'applique pas lorsque la loi habilitante précise clairement que certaines personnes ou choses peuvent être soustraites à son application ou permet expressément une certaine forme de discrimination.

La règle interdisant les règlements discriminatoires est une excroissance du principe selon lequel, en tant qu'organismes créés par la loi, les municipalités [TRADUCTION] «peuvent exercer seulement les pouvoirs qui leur sont conférés expressément par la loi, les pouvoirs qui découlent nécessairement ou vraiment du pouvoir explicite conféré dans la loi, et les pouvoirs indispensables qui sont essentiels et non pas seulement commodes pour réaliser les fins de l'organisme» (Makuch, *Canadian Municipal and Planning Law* (1983), à la p. 115).

La Cour d'appel a jugé que les vendeurs ambulants indépendants et les propriétaires-occupants de biens-fonds attenants aux trottoirs font partie de catégories différentes et pouvaient raisonnablement être traités différemment dans le régime de permis. Toutefois, dans l'arrêt *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, précité, notre Cour a reconnu que la discrimination au sens du droit municipal n'était pas plus permise entre des catégories qu'au sein de catégories (aux pp. 405 et 406). En outre, le caractère raisonnable ou rationnel général de la distinction n'est pas en cause: il ne saurait y avoir de discrimination que si la loi habilitante le prévoit précisément ou si la discrimination est nécessairement accessoire à l'exercice du pouvoir délégué par la province (*Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, précité, aux pp. 404 à 406). Les articles 210, disp. 73, et 210, disp. 140, et le par. 314(1), disp. 1, de la *Loi sur les municipalités*, ne permettent, à mon avis, aucun traitement discriminatoire entre les vendeurs ambulants indépendants et les vendeurs qui possè-

in Metro By-law 97-80 and City of Toronto By-law 618-80.

Before this Court, the respondent argued that the discrimination in Metro By-law 97-80 and City of Toronto By-law 618-80 might find express authorization in s. 310(a) of the *Municipal Act*. For ease of reference, s. 310 is reproduced again:

310. By-laws may be passed by the council of every local municipality,

(a) for leasing or licensing the use of untravelled portions of highways under the jurisdiction of the council, except highways that are extensions or connecting links of the King's Highway, to the owners or occupants of adjoining property for such consideration and upon such terms and conditions as may be agreed;

(b) for regulating and controlling the use, including the use for parking purposes, of untravelled portions of highways under the jurisdiction of the council that are not extensions or connecting links of the King's Highway, which are leased or in respect of which a licence is granted under clause (a).

The respondent argued that the phrase "untravelled portions of highways" includes the sidewalks adjacent to highways. If sidewalks are "untravelled portions of highways," the respondent argues that s. 310(a) does authorize a distinction between owners or occupants of adjoining property and other persons. Through application of the *expressio unius est exclusio alterius* rule, the reference to owners or occupants in the provision implies that a by-law may be passed excluding all other persons from the leasing and licensing scheme.

I do not agree with the respondent's submissions on this point. While the *Municipal Act* does not define "untravelled portions of highways", s. 310(b) suggests that the phrase refers to untravelled portions of the part of the highway reserved for vehicular traffic, rather than the sidewalk, inas-

dent ou occupent un bien-fonds attenant, dans le règlement 97-80 de la Communauté urbaine et le règlement 618-80 de la ville de Toronto.

^a Devant notre Cour, l'intimée a soutenu que la discrimination établie dans le règlement 97-80 de la Communauté urbaine et le règlement 618-80 de la ville de Toronto pourrait être autorisée expressément à l'al. 310a) de la *Loi sur les municipalités*.

^b Pour en faciliter la consultation, nous reproduisons de nouveau l'art. 310:

310 Les conseils des municipalités locales peuvent adopter des règlements municipaux:

^c a) pour louer, aux conditions convenues, les sections non utilisées des voies publiques qui relèvent de la compétence du conseil aux propriétaires ou occupants des terrains contigus à ces sections ou assujettir leur utilisation à la délivrance d'un permis, exception faite des prolongements de la route principale ou des voies de jonction à celle-ci;

^d b) pour réglementer et contrôler l'affectation, y compris celle aux fins de stationnement, des sections non utilisées des voies publiques qui ont été louées ou pour l'utilisation desquelles un permis a été délivré en vertu de l'alinéa a) et qui font parties des voies publiques relevant de la compétence du conseil et qui ne sont ni des prolongements de la route principale ni des voies de jonction de celle-ci.

^e L'intimée a fait valoir que l'expression «sections non utilisées des voies publiques» comprend les trottoirs contigus aux voies publiques. L'intimée soutient que si les trottoirs sont des «sections non utilisées des voies publiques», l'al. 310a) permet effectivement l'établissement d'une distinction entre les propriétaires ou occupants des terrains contigus et les autres personnes. Grâce à l'application de la règle *expressio unius est exclusio alterius*, la mention des propriétaires ou occupants dans la disposition implique qu'il est possible d'adopter un règlement excluant toutes les autres personnes du régime de baux et de permis.

^f Je ne suis pas d'accord avec les arguments de l'intimée sur ce point. Bien que la *Loi sur les municipalités* ne définisse pas l'expression «sections non utilisées des voies publiques», l'al. 310b) laisse entendre qu'elle renvoie aux sections non utilisées de la partie de la voie publique réservée à

much as it permits usage of such untravelled portions for parking purposes. This conclusion is supported by s. 90 of the *Municipality of Metropolitan Toronto Act*, which empowers Metro to delegate to area municipalities the power to license use of “sidewalks and untravelled portions of Metropolitan roads” (emphasis added). The by-law provisions themselves indicate that there is a distinction between “untravelled portions of highways” and sidewalks. Metro By-law 97-80, which delegates to the city of Toronto the authority to enact a licensing scheme, provides as follows:

1. (1) Notwithstanding the provisions of By-law No. 211-74, as amended, the Council of each of the area municipalities set out in Schedule “A” to this By-law is hereby empowered to lease or license the use of sidewalks and untravelled portions of Metropolitan roads within those portions of such area municipality in which land may be used for commercial or industrial purposes to the owners in possession or the occupants of adjoining properties for [enumerated purposes]. [Emphasis added.]

City of Toronto By-law 618-80 contains similar language. There would have been no need to refer to sidewalks in these provisions if sidewalks were included in “untravelled portions” of roads or highways.

I conclude, therefore, that s. 310 of the *Municipal Act* does not expressly authorize a distinction between free-standing street vendors and owner/occupant vendors. The distinctions contained in Metro By-law 97-80 and City of Toronto By-law 618-80 are therefore not authorized by the *Municipal Act* and those by-laws are accordingly *ultra vires* the municipalities.

For the reasons given by the Court in *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674, released concurrently with the reasons in the case at bar, I am also

la circulation automobile, plutôt qu’aux trottoirs, dans la mesure où elle permet l’utilisation de ces sections inutilisées à des fins de stationnement. Cette conclusion est étayée par l’art. 90 de la *Loi sur la municipalité de la communauté urbaine de Toronto* qui habilite la Communauté urbaine à déléguer aux municipalités de secteur le pouvoir d’assujettir à la délivrance d’un permis l’utilisation «des trottoirs et des parties inutilisées des routes de la communauté urbaine» (je souligne). Les dispositions mêmes du règlement indiquent qu’il existe une distinction entre les «sections non utilisées des voies publiques» et les trottoirs. Le règlement 97-80 de la Communauté urbaine, qui délègue à la ville de Toronto le pouvoir d’adopter un régime de permis, prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION] 1. (1) Nonobstant les dispositions du règlement n° 211-74 et ses modifications, le conseil de chacune des municipalités de secteur mentionnées dans l’annexe «A» du présent règlement est, par les présentes, habilité à louer les trottoirs et les sections non utilisées des routes de la Communauté urbaine dans les zones de la municipalité de secteur où les biens-fonds peuvent être utilisés à des fins commerciales ou industrielles, aux propriétaires ou aux occupants des terrains attenants, ou à assujettir leur utilisation à la délivrance d’un permis aux [fins énumérées]. [Je souligne.]

Le règlement 618-80 de la ville de Toronto a une formulation semblable. Il n’aurait pas été nécessaire de mentionner les trottoirs dans ces dispositions si les trottoirs avaient été compris dans les «sections non utilisées» des routes ou des voies publiques.

En conséquence, je conclus que l’art. 310 de la *Loi sur les municipalités* ne permet pas expressément d’établir une distinction entre les vendeurs ambulants indépendants et les vendeurs propriétaires-occupants. Les distinctions prévues dans le règlement 97-80 de la Communauté urbaine et le règlement 618-80 de la ville de Toronto ne sont donc pas autorisées par la *Loi sur les municipalités* et ces règlements excèdent donc les pouvoirs des municipalités.

Pour les raisons données par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674, rendu en même temps que les présents motifs, je

of the view that s. 11 of Metro By-law 211-74 is *ultra vires* the municipality. Therefore I need not address the question whether or not Arbour J.A. was correct when she held that “the illegal discrimination contained in the licensing system can only be corrected by striking down the prohibition contained in s. 11 of By-law 211-74” (p. 169). In other words, I need not decide whether s. 11 of Metro By-law 211-74 is severable from the by-laws impugned herein. I would therefore order that the appellant’s conviction on the by-law charge be set aside and that an acquittal be entered instead.

2. The Criminal Charge

I also agree with Arbour J.A. that the appellant’s conviction for obstructing a peace officer in the execution of his duty to enforce municipal by-laws must also be set aside and an acquittal entered. In charging the appellant with obstructing a peace officer, Constable Coulis was attempting to enforce s. 11 of Metro By-law 211-74. However, s. 11 of Metro By-law 211-74 has been held by this Court in *R. v. Greenbaum* to be *ultra vires* the municipality. As a result, the conviction of the appellant for obstructing a peace officer cannot stand.

The respondent, the Attorney General for Ontario, argued that this issue was governed by the decision of this Court in *R. v. Biron*, [1976] 2 S.C.R. 56. In that case, the accused was convicted of resisting arrest on a charge of creating a disturbance, even though he was acquitted on the disturbance charge itself. In his defence, the accused submitted that the arrest itself was unlawful since he had not in fact been committing an offence at the time. A majority of this Court rejected that argument. Martland J. stated, at p. 75:

The power of arrest . . . has to be exercised promptly, yet, strictly speaking, it is impossible to say that an

suis également d’avis que l’art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine excède les pouvoirs de la municipalité. Par conséquent, il n’est pas nécessaire que je me demande si le juge Arbour avait raison en statuant que [TRADUCTION] «la discrimination illégale prévue dans le régime de permis ne saurait être rectifiée que par l’abolition de l’interdiction prévue à l’art. 11 du règlement 211-74» (p. 169). En d’autres termes, je n’ai pas à décider si l’art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine peut être dissocié des règlements attaqués en l’espèce. Je suis donc d’avis d’ordonner l’annulation de la déclaration de culpabilité de l’appelant relativement à l’accusation portée en vertu du règlement, et son remplacement par un verdict d’acquittement.

2. L’accusation criminelle

Je conviens également avec le juge Arbour que la déclaration de culpabilité de l’appelant pour entrave à un agent de la paix dans l’accomplissement de sa tâche d’appliquer les règlements municipaux doit aussi être annulée et qu’un verdict d’acquittement doit être inscrit. En accusant l’appelant d’avoir entravé le travail d’un agent de la paix, l’agent Coulis essayait d’appliquer l’art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine. Toutefois, dans l’arrêt *R. c. Greenbaum*, notre Cour a jugé que cet article excède les pouvoirs de la municipalité. Par conséquent, la déclaration de culpabilité de l’appelant pour entrave au travail d’un agent de la paix ne saurait tenir.

L’intimée, représentée par le procureur général de l’Ontario, a soutenu que cette question était régie par l’arrêt de notre Cour *R. c. Biron*, [1976] 2 R.C.S. 56. Dans cette affaire, l’accusé a été reconnu coupable d’avoir résisté à son arrestation relativement à une accusation d’avoir troublé la paix, même s’il a été acquitté relativement à l’accusation elle-même d’avoir troublé la paix. Dans sa défense, l’accusé a soutenu que l’arrestation elle-même était illégale puisqu’en fait il n’avait pas commis d’infraction à l’époque. Notre Cour à la majorité a rejeté cet argument. Le juge Martland a dit, à la p. 75:

Le pouvoir d’arrestation [. . .] doit être exercé promptement, bien que, strictement parlant, il soit impossible de

offence is committed until the party arrested has been found guilty by the courts. If this is the way in which this provision [now s. 495 of the *Criminal Code*] is to be construed, no peace officer can ever decide, when making an arrest without a warrant, that the person arrested is "committing a criminal offence". In my opinion . . . the power to arrest without a warrant is given where the peace officer himself finds a situation in which a person is apparently committing an offence.

The decision in *R. v. Biron, supra*, did not concern the power of arrest without a warrant where police officers believe themselves to be enforcing legislation which is later found *ultra vires*. *Biron* deals with apparent perpetration of an offence, not apparent offences, and as such it cannot be relied upon to confer on police the power to charge someone with obstruction where there is an apparent violation of a law which itself is invalid.

In my view, Arbour J.A. was correct in holding that, even if s. 11 of Metro By-law 211-74 were valid, the police cannot circumvent the lack of an arrest power for a violation of the by-law by ordering someone to desist from the violation and then charging them with obstruction. The power to arrest in order to enforce the by-law cannot be inferred in the face of clear language in the *Municipal Act* and the *Provincial Offences Act* setting out more moderate means of dealing with repeated infractions. The officer had no authority, either at common law or under statute, to arrest the appellant for failing to comply with an order to desist from conduct prohibited by the by-law. The power to arrest without a warrant for disobeying an order to desist from conduct prohibited by s. 11 of Metro By-law 211-74 cannot be founded upon the language of Metro By-law 211-74, nor on ss. 3 and 23 of the *Provincial Offences Act*, nor on s. 57 of the *Police Act*. *Johanson v. The King, supra*, has no application in the absence of a statutory duty of obedience to police officers. The police constable in this case indeed had an obligation to enforce the by-law. The legislature defined the enforcement power as ticketing the offender, and the appellant did not obstruct the constable in the performance of this duty. The power of arrest cannot be derived

dire si une infraction a été commise tant que la personne arrêtée n'a pas été déclarée coupable par les tribunaux. Si cette disposition [maintenant l'art. 495 du *Code criminel*] doit être interprétée de cette façon, un agent de la paix ne pourrait jamais décider, lorsqu'il arrête une personne sans mandat, que la personne arrêtée est «en train de commettre une infraction criminelle». À mon avis, [. . .] le pouvoir d'arrêter sans mandat est accordé lorsque l'agent de la paix constate lui-même une situation où une personne est apparemment en train de commettre une infraction.

L'arrêt *R. c. Biron*, précité, ne portait pas sur le pouvoir d'arrêter sans mandat lorsque des agents de police s'estiment en train d'appliquer une loi qui est, par la suite, jugée *ultra vires*. L'arrêt *Biron* traite de la perpétration apparente d'une infraction, non d'infractions apparentes, ce qui fait qu'on ne saurait l'invoquer pour conférer à la police le pouvoir de porter contre quelqu'un une accusation d'entrave lorsqu'il y a violation apparente d'une loi qui est elle-même invalide.

À mon avis, le juge Arbour a eu raison de conclure que, même si l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine était valide, la police ne peut pas contourner l'absence de pouvoir d'arrestation pour la violation du règlement, en ordonnant à quelqu'un de cesser de commettre la violation, pour ensuite l'accuser d'entrave. Le pouvoir d'arrestation en vue d'appliquer le règlement ne saurait être déduit du texte clair de la *Loi sur les municipalités* et de la *Loi sur les infractions provinciales*, qui prévoit des moyens plus modérés de traiter les infractions répétées. L'agent n'avait pas le pouvoir, en common law ou en vertu de la loi, d'arrêter l'appelant pour refus d'obtempérer à l'ordre de mettre fin au comportement interdit par le règlement. Le pouvoir d'arrestation sans mandat pour désobéissance à l'ordre de mettre fin à un comportement interdit par l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine ne saurait reposer sur le texte du règlement 211-74 de la Communauté urbaine, pas plus que sur les art. 3 et 23 de la *Loi sur les infractions provinciales* ou sur l'art. 57 de la *Loi sur la police*. L'arrêt *Johanson c. The King*, précité, ne s'applique pas en l'absence d'une obligation légale d'obéir aux agents de police. En l'espèce, l'agent de police était effectivement tenu d'appliquer le règlement. La législature a défini le

as a matter of common law from the officer's duty to enforce the by-law given the legislature's definition of what such enforcement entails. The words of Arbour J.A., at p. 170, are apt:

In my view, the deliberate legislative choice not to permit arrest for this kind of municipal offence cannot be circumvented by a police officer ordering the accused to desist from the conduct constituting infringement of the by-law, thereby exposing the accused to liability for the *Criminal Code* offence of obstruction and thus triggering the arrest powers contained in s. 495 of the *Code*. . . .

V. Disposition

For the foregoing reasons, I would allow the appeal, and I would order that the appellant's convictions both on the by-law charge and on the criminal charge be set aside and acquittals entered instead.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Gold & Fuerst, Toronto.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondent the Municipality of Metropolitan Toronto: H. W. O. Doyle, Toronto.

pouvoir d'application de la loi comme consistant à donner des contraventions aux contrevenants, et l'appelant n'a pas gêné l'agent de police dans l'exercice de cette fonction. Le pouvoir d'arrestation ne saurait, sur le plan de la common law, découler de la responsabilité de l'agent d'appliquer le règlement, vu la définition que la législature donne de ce que comporte une telle application de la loi. Les propos que tient le juge Arbour, à la p. 170, sont pertinents:

[TRADUCTION] À mon avis, un policier ne peut éluder le choix délibéré du législateur de ne pas permettre l'arrestation pour ce genre d'infraction municipale, en ordonnant à l'accusé de mettre fin au comportement qui constitue un manquement au règlement et, de ce fait, exposer l'accusé à la responsabilité de l'infraction d'entrave prévue au *Code criminel* et déclencher ainsi l'exercice des pouvoirs d'arrestation prévus à l'art. 495 du *Code*. . . .

V. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner l'annulation des déclarations de culpabilité de l'appelant prononcées relativement à l'accusation portée en vertu du règlement et à l'accusation criminelle, ainsi que leur remplacement par des verdicts d'acquiescement.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Gold & Fuerst, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimée la municipalité de la communauté urbaine de Toronto: H. W. O. Doyle, Toronto.

Morris Greenbaum *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen, ex rel. William Andrews, Inspector, City of Toronto *Respondent*

and

Municipality of Metropolitan Toronto *Intervener*

INDEXED AS: R. v. GREENBAUM

File No.: 22506.

1992: December 4; 1993: February 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Municipal law — Municipal by-laws — Validity — Metro by-law prohibiting exposing of goods on road allowance without a licence — Whether by-law ultra vires municipality in that it is not authorized by enabling legislation — Municipality of Metropolitan Toronto By-law 211-74, s. 11 — Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45, ss. 102; 210, paras. 73, 140; 314(1), para. 1.

Appellant sold T-shirts on a street corner in Toronto and was charged with unlawfully exposing goods on a Metro road allowance without lawful authority contrary to s. 11 of Metro By-law 211-74. Through By-law 97-80, Metro delegated to the city of Toronto the authority to license the use of sidewalks and untravelled portions of Metro roads. Pursuant to this delegated authority, Toronto By-law 618-80 provides for licensing of sidewalk use to owners or occupiers of abutting property. Since appellant does not own or occupy property adjoining the corner he could not apply for a licence. He was convicted of the by-law offence and his conviction was

Morris Greenbaum *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine, sur dénonciation de William Andrews, inspecteur de la ville de Toronto** *Intimée*

^b et

Municipalité de la communauté urbaine de Toronto *Intervenante*

^c RÉPERTORIÉ: R. c. GREENBAUM

N^o du greffe: 22506.

1992: 4 décembre; 1993: 25 février.

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

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

^e *Droit municipal — Règlements municipaux — Validité — Règlement de la municipalité de la communauté urbaine interdisant l'étalage sans permis de marchandises sur une route — Le règlement excède-t-il les pouvoirs de la municipalité pour le motif que son adoption n'est pas autorisée par une loi habilitante? — Règlement 211-74 de la municipalité de la communauté urbaine de Toronto, art. 11 — Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45, art. 102; 210, disp. 73, 140; 314(1), disp. 1.*

^g L'appelant, qui vendait des tee-shirts à une intersection de Toronto, a été accusé d'avoir, sans autorisation légitime, étalé des marchandises sur une route de la Communauté urbaine, contrairement à l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine. Au moyen du règlement 97-80, la Communauté urbaine a délégué à la ville de Toronto le pouvoir de délivrer des permis autorisant l'utilisation des trottoirs et des sections non utilisées des routes de la Communauté urbaine. Conformément à ce pouvoir délégué, le règlement 618-80 de la ville de Toronto prévoit, pour l'utilisation des trottoirs, l'attribution d'un permis aux propriétaires ou occupants d'un bien-fonds attenant. N'étant ni propriétaire ni occupant d'un bien-fonds attenant à l'intersection, l'appelant ne pouvait solliciter un permis. Il a été déclaré coupable d'avoir enfreint le règlement municipal et la Cour de district a confirmé sa déclaration de culpabilité.

upheld by the District Court. The Court of Appeal, in a majority judgment, dismissed his appeal.

Held: The appeal should be allowed. The appellant's conviction should be set aside and an acquittal entered instead.

Municipalities are entirely the creatures of provincial statutes and can therefore exercise only those powers which are explicitly conferred on them by provincial statute. A court should look to the purpose and wording of the provincial enabling legislation when deciding whether or not a municipality has been empowered to pass a certain by-law. The by-laws themselves are to be read to fit within the parameters of the empowering provincial statute where they are susceptible to more than one interpretation. Courts must be vigilant, however, in ensuring that municipalities do not impinge upon the civil or common law rights of citizens in passing *ultra vires* by-laws.

Section 11 of Metro By-law 211-74 is *ultra vires* the municipality in that it is not specifically authorized by provincial enabling legislation. The by-law does not by wording or purpose regulate or prohibit sales by retail on the highways, even under a liberal interpretation, and is therefore not authorized by s. 210, para. 73 of the *Municipal Act*. Nor is it authorized by s. 210, para. 140, since its purpose is not to prohibit or abate public nuisances. Further, the effect of the by-law is to prohibit conduct which may not amount to a public nuisance. Section 314(1), para. 1 of the *Municipal Act* empowers municipalities to pass by-laws for prohibiting or regulating the obstructing, encumbering, injuring or fouling of highways, but it does not authorize a by-law drawn in terms as broad as have been used in s. 11 of Metro By-law 211-74. Sidewalks are a public location of community interaction, and are used for many laudable purposes which fall within the definition of exposing any article on a Metro road allowance but do not constitute obstructions or encumbrances under the common understanding of these terms. Finally, Metro cannot have recourse to s. 102 of the *Municipal Act* as authority for the by-law, since this is a general power of a residual nature.

Dans un jugement majoritaire, la Cour d'appel a rejeté son appel.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. La déclaration de culpabilité de l'appelant est annulée et remplacée par un verdict d'acquiescement.

Les municipalités doivent leur existence aux lois provinciales et elles ne peuvent donc exercer que les pouvoirs qui leur sont expressément conférés par une loi provinciale. Lorsqu'il doit déterminer si une municipalité a été habilitée à adopter un certain règlement, le tribunal devrait examiner l'objet et le texte de la mesure législative provinciale habilitante. Lorsqu'ils sont susceptibles de recevoir plus d'une interprétation, les règlements municipaux eux-mêmes doivent être interprétés de manière à respecter les paramètres de la loi provinciale habilitante. Toutefois, les tribunaux doivent veiller à ce que les municipalités n'empiètent pas sur les droits civils ou de common law des citoyens en adoptant des règlements *ultra vires*.

L'article 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine excède les pouvoirs de la municipalité puisque son adoption n'est pas expressément autorisée par la loi provinciale habilitante. Même interprété d'une manière libérale, le règlement ne régit pas ou n'interdit pas, de par son texte ou son objet, la vente au détail sur les voies publiques et, par conséquent, l'art. 210, disp. 73, de la *Loi sur les municipalités* n'autorise pas son adoption. L'article 210, disp. 140, n'autorise pas non plus l'adoption de ce règlement étant donné qu'il ne vise pas à interdire ou à supprimer les nuisances publiques. En outre, il a pour effet d'interdire un comportement qui peut ne pas constituer une nuisance publique. Le paragraphe 314(1), disp. 1 de la *Loi sur les municipalités*, qui habilite les municipalités à adopter des règlements pour interdire ou pour régler l'obstruction, l'encombrement, l'endommagement et l'encrassement des voies publiques, n'autorise toutefois pas l'adoption d'un règlement rédigé dans des termes aussi généraux que ceux utilisés à l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine. Les trottoirs sont un lieu public d'interaction communautaire et ils servent à de nombreuses fins louables qui sont visées par la définition de l'étalement d'articles de quelque sorte sur les routes de la Communauté urbaine, mais qui ne causent aucune obstruction ni aucun encombrement au sens ordinaire de ces termes. Enfin, la Communauté urbaine ne saurait puiser à l'art. 102 de la *Loi sur les municipalités* son pouvoir d'adopter le règlement puisque cet article confère un pouvoir général de nature résiduelle.

For the reasons given in *R. v. Sharma*, Metro By-law 97-80 and City of Toronto By-law 618-80 are also *ultra vires* the municipalities on the basis that they contain discrimination not authorized by provincial enabling legislation. While the municipality was given a general power to regulate, it was not absolutely necessary to the exercise of the licensing power to draw a distinction between free-standing street vendors and owners/occupants of abutting property such that the power to draw such a distinction must be inferred from the enabling legislation by necessary inference or implicit delegation.

Cases Cited

Applied: *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; **referred to:** *R. v. Varga* (1979), 51 C.C.C. (2d) 558; *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *City of Hamilton v. Hamilton Distillery Co.* (1907), 38 S.C.R. 239; *City of Verdun v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 S.C.R. 222; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798; *Merritt v. City of Toronto* (1895), 22 O.A.R. 205; *Morrison v. Kingston* (1937), 69 C.C.C. 251.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).
 City of Toronto By-law 618-80, s. 1(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 129.
Interpretation Act, R.S.O. 1990, c. I.11, s. 10.
Municipal Act, R.S.O. 1980, c. 302, ss. 1; 104; 210, paras. 66, 134; 309, para. 3; 315, para. 1.
Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45, ss. 1; 102; 210, paras. 73, 140; 308, para. 3; 314(1), para. 1.
Municipality of Metropolitan Toronto Act, R.S.O. 1990, c. M.62, ss. 79, 84, 90.
 Municipality of Metropolitan Toronto By-law 97-80, s. 1(1), Schedule "A".
 Municipality of Metropolitan Toronto By-law 211-74, ss. 11, 11a.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, r. 32.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "goods, wares, and merchandise".
 Makuch, Stanley M. *Canadian Municipal and Planning Law*. Toronto: Carswell, 1983.

Pour les raisons données dans *R. c. Sharma*, le règlement 97-80 de la Communauté urbaine et le règlement 618-80 de la ville de Toronto excèdent également les pouvoirs des municipalités pour le motif qu'ils créent une discrimination qui n'est pas autorisée par la loi provinciale habilitante. Même si la municipalité a reçu un pouvoir général de réglementer, l'établissement d'une distinction entre les vendeurs ambulants indépendants et les propriétaires-occupants d'un bien-fonds attenant n'était pas absolument nécessaire à l'exercice du pouvoir de délivrer un permis, au point de devoir inférer du texte législatif habilitant, par déduction nécessaire ou délégation implicite, le pouvoir d'établir une telle distinction.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; **arrêts mentionnés:** *R. c. Varga* (1979), 51 C.C.C. (2d) 558; *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *City of Hamilton c. Hamilton Distillery Co.* (1907), 38 R.C.S. 239; *City of Verdun c. Sun Oil Co.*, [1952] 1 R.C.S. 222; *McKay c. The Queen*, [1965] R.C.S. 798; *Merritt c. City of Toronto* (1895), 22 O.A.R. 205; *Morrison c. Kingston* (1937), 69 C.C.C. 251.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 129.
Loi d'interprétation, L.R.O. 1990, ch. I.11, art. 10.
Loi sur la municipalité de la communauté urbaine de Toronto, L.R.O. 1990, ch. M.62, art. 79, 84, 90.
Loi sur les municipalités, L.R.O. 1980, ch. 302, art. 1; 104; 210, disp. 66, 134; 309, disp. 3; 315, disp. 1.
Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45, art. 1; 102; 210, disp. 73, 140; 308, disp. 3; 314(1), disp. 1.
 Règlement 97-80 de la municipalité de la communauté urbaine de Toronto, art. 1(1), annexe «A».
 Règlement 211-74 de la municipalité de la communauté urbaine de Toronto, art. 11, 11a.
 Règlement 618-80 de la ville de Toronto, art. 1(1).
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 32.

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, «goods, wares, and merchandise».
 Makuch, Stanley M. *Canadian Municipal and Planning Law*. Toronto: Carswell, 1983.

Rogers, Ian MacF. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1971.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 44 O.A.C. 355, 77 D.L.R. (4th) 334, 62 C.C.C. (3d) 147, 3 C.R. (4th) 195, 3 M.P.L.R. (2d) 1, affirming a judgment of the District Court (1989), 47 M.P.L.R. 59, upholding the appellant's conviction by Kerr Prov. Ct. J. (1988), 6 W.C.B. (2d) 95, for violation of a municipal by-law. Appeal allowed.

Frank Addario and Shaun Nakatsuru, for the appellant.

Beverley A. B. Simpson, for the respondent.

Robert Avinoam, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J.—This appeal concerns whether s. 11 of Municipality of Metropolitan Toronto By-law 211-74 is *ultra vires* the municipality in that it is not authorized by the *Municipal Act*, R.S.O. 1990, c. M.45.

The appellant also argued that his rights under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had allegedly been violated by s. 11 of Metro By-law 211-74. The Court did not hear argument on the *Charter* question since the appellant failed to apply to the Chief Justice to state a constitutional question, as required by Rule 32 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, as amended. The appellant's motions to adjourn the hearing of the appeal and to apply for the stating of a constitutional question were dismissed on the understanding that the constitutional issues would be heard in a separate and later hearing if required. Because of the conclusion I have reached, such a hearing, in my view, will not be necessary. As a result, I make no comment on

Rogers, Ian MacF. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1971.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 44 O.A.C. 355, 77 D.L.R. (4th) 334, 62 C.C.C. (3d) 147, 3 C.R. (4th) 195, 3 M.P.L.R. (2d) 1, qui a confirmé un jugement de la Cour de district (1989), 47 M.P.L.R. 59, qui avait confirmé la décision du juge Kerr de la Cour provinciale (1988), 6 W.C.B. (2d) 95, de déclarer l'appellant coupable de violation d'un règlement municipal. Pourvoi accueilli.

Frank Addario et Shaun Nakatsuru, pour l'appellant.

Beverley A. B. Simpson, pour l'intimée.

Robert Avinoam, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI—En l'espèce, il s'agit de savoir si l'art. 11 du règlement 211-74 de la municipalité de la communauté urbaine de Toronto excède les pouvoirs de cette dernière pour le motif que son adoption n'est pas autorisée par la *Loi sur les municipalités*, L.R.O. 1990, ch. M.45.

L'appellant soutient également que les droits que lui garantit l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* auraient été violés par l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine. Étant donné que l'appellant n'a pas demandé au Juge en chef de formuler une question constitutionnelle, comme le requiert l'art. 32 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74 et ses modifications, la Cour n'a entendu aucune plaidoirie sur la question de la *Charte*. Les requêtes présentées par l'appellant en vue de suspendre l'audition du pourvoi et d'obtenir la formulation d'une question constitutionnelle ont été rejetées à la condition que les questions constitutionnelles soient débattues, si nécessaire, au cours d'une audition distincte et subséquente. À cause de la conclusion à laquelle je suis arrivé, j'estime qu'une telle audition ne sera pas nécessaire. Je ne commenterai

the analysis of the *Charter* issues undertaken by the courts below.

I. Facts

The appellant, Morris Greenbaum, sold T-shirts at the corner of Yonge and Bloor Streets in Toronto, Ontario. Both Yonge Street and Bloor Street are under the jurisdiction of the Municipality of Metropolitan Toronto ("Metro") and are within the boundaries of the area municipality of the city of Toronto. Section 11 of Metro By-law 211-74 contains a prohibition on placing or exposing goods, wares or merchandise, or articles of any kind, without lawful authority, on all road allowances under Metro's jurisdiction. Section 11a of Metro By-law 211-74 empowers certain area municipalities to set up a licensing system for the use of sidewalks and untravelled portions of Metro roads under which only owners or occupants of abutting property may apply to the relevant municipality for licences or leases. The city of Toronto was removed from the operation of s. 11a in 1978. In 1980, Metro passed By-law 97-80 which delegated the power to lease or license the use of sidewalks and untravelled portions of Metro roads, again only to owners or occupiers of property abutting the sidewalks, to the city of Toronto. The city of Toronto passed By-law 618-80 in accordance with this delegated power, providing for leasing or licensing of sidewalk use to owners or occupiers of abutting property.

The appellant did not have a licence under City of Toronto By-law 618-80 to sell his T-shirts at the corner of Bloor and Yonge. He does not own or occupy property adjoining that corner and therefore could not apply for a licence. On December 19, 1987, the appellant was charged with unlawfully exposing goods, wares or merchandise on a Metro road allowance without lawful authority, contrary to s. 11 of Metro By-law 211-74. The appellant was convicted by Kerr Prov. Ct. J., and

donc pas l'analyse des questions relatives à la *Charte* effectuée par les juridictions inférieures.

I. Les faits

L'appelant, Morris Greenbaum, vendait des tee-shirts à l'intersection des rues Yonge et Bloor à Toronto (Ontario). Ces deux rues, qui relèvent de la compétence de la municipalité de la communauté urbaine de Toronto («Communauté urbaine»), sont situées dans la municipalité de secteur de Toronto. L'article 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine interdit de placer ou d'étaler, sans autorisation légitime, des marchandises ou articles de quelque sorte que ce soit sur les routes qui relèvent de la compétence de la Communauté urbaine. L'article 11a du règlement 211-74 de la Communauté urbaine habilite certaines municipalités de secteur à établir un régime de permis autorisant l'utilisation des trottoirs et des sections non utilisées des routes de la Communauté urbaine, en vertu duquel seuls les propriétaires ou occupants de biens-fonds attenants peuvent demander à la municipalité concernée de leur consentir un permis ou un bail. En 1978, la ville de Toronto a été soustraite à l'application de l'art. 11a. En 1980, la Communauté urbaine a adopté le règlement 97-80 qui déléguait à la ville de Toronto le pouvoir de louer les trottoirs et les sections non utilisées des routes de la Communauté urbaine ou de délivrer des permis autorisant leur utilisation, là encore aux seuls propriétaires ou occupants des biens-fonds attenants. Conformément à ce pouvoir délégué, la ville de Toronto a adopté le règlement 618-80, qui prévoit, pour l'utilisation des trottoirs, l'attribution d'un bail ou d'un permis aux propriétaires ou occupants d'un bien-fonds attenant.

L'appelant ne détenait pas le permis requis par le règlement 618-80 de la ville de Toronto pour vendre ses tee-shirts à l'intersection des rues Bloor et Yonge. N'étant ni propriétaire ni occupant d'un bien-fonds attenant à cette intersection, il ne pouvait solliciter un permis. Le 19 décembre 1987, l'appelant a été accusé d'avoir, sans autorisation légitime, étalé des marchandises sur une route de la Communauté urbaine, contrairement à l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine.

was fined \$700 and placed on probation for two years: (1988), 6 W.C.B. (2d) 95. One of the terms of his probation was that he not carry on any street vending activity within Metropolitan Toronto for two years. He appealed his conviction and sentence to the District Court, where his appeal was dismissed by Herold Dist. Ct. J.: (1989), 47 M.P.L.R. 59. His appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed by Osborne J.A. and Dubin C.J.O., with Arbour J.A. dissenting, in reasons which also dealt with an appeal in *R. v. Sharma*: (1991), 44 O.A.C. 355, 77 D.L.R. (4th) 334, 62 C.C.C. (3d) 147, 3 C.R. (4th) 195, 3 M.P.L.R. (2d) 1.

This Court granted leave to appeal in both *R. v. Sharma*, [1991] 1 S.C.R. xiv, and the case at bar, [1991] 3 S.C.R. viii. The appeal in *R. v. Sharma* was heard on April 28, 1992. The hearing of the appeal in the case at bar was delayed and, at the request of counsel in the case at bar, this Court postponed releasing reasons in *R. v. Sharma* until after the hearing of the present appeal. The Court's decision in *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650, with these reasons, set aside the convictions of the appellant Sharma for violation of a by-law and obstruction of a police officer under s. 129 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The Court found in *R. v. Sharma* that Metro By-law 97-80 and City of Toronto By-law 618-80 are *ultra vires* the municipalities in that they are discriminatory in the municipal law sense.

The Municipality of Metropolitan Toronto intervened in the case at bar in support of the respondent, the city of Toronto.

II. Relevant Legislation

Municipality of Metropolitan Toronto By-law 211-74:

11. No person shall, without lawful authority, place or expose goods, wares or merchandise or articles of any kind upon any metropolitan road allowance or hang or put up any goods, wares or merchandise, or other arti-

Le juge Kerr de la Cour provinciale l'a déclaré coupable, condamné à une amende de 700 \$ et assujéti à deux années de probation: (1988), 6 W.C.B. (2d) 95. Suivant l'une des conditions de sa probation, il lui était interdit, pendant deux ans, de s'adonner à la vente dans les rues de la communauté urbaine de Toronto. Le juge Herold de la Cour de district a rejeté l'appel que l'appelant a interjeté contre sa déclaration de culpabilité et sa sentence: (1989), 47 M.P.L.R. 59. Dans des motifs qui portaient également sur l'appel *R. c. Sharma*, le juge Osborne et le juge en chef Dubin de l'Ontario ont rejeté son appel devant la Cour d'appel, le juge Arbour étant dissidente: (1991), 44 O.A.C. 355, 77 D.L.R. (4th) 334, 62 C.C.C. (3d) 147, 3 C.R. (4th) 195, 3 M.P.L.R. (2d) 1.

Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi dans *R. c. Sharma*, [1991] 1 R.C.S. xiv, et en l'espèce, [1991] 3 R.C.S. viii. L'audition du pourvoi *R. c. Sharma* a eu lieu le 28 avril 1992. En l'espèce, l'audition a été retardée et, à la demande des avocats, notre Cour a reporté le dépôt de ses motifs dans *R. c. Sharma* jusqu'à la fin de l'audition du présent pourvoi. Dans l'arrêt *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650, rendu en même temps que le présent arrêt, notre Cour a annulé les déclarations de culpabilité de l'appelant Sharma pour avoir enfreint un règlement et entravé le travail d'un policier contrairement à l'art. 129 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. La Cour a conclu, dans cet arrêt, que le règlement 97-80 de la Communauté urbaine et le règlement 618-80 de la ville de Toronto excèdent les pouvoirs des municipalités du fait qu'ils sont discriminatoires au sens du droit municipal.

La municipalité de la communauté urbaine de Toronto est intervenue en l'espèce pour appuyer l'intimée, la ville de Toronto.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Le règlement 211-74 de la municipalité de la communauté urbaine de Toronto:

[TRADUCTION] 11. Nul ne doit, sans autorisation légitime, placer ou étaler des marchandises ou articles de quelque sorte que ce soit sur les routes de la Communauté urbaine, ni accrocher des marchandises ou autres

cles outside of any building so that the same shall project over any portion of a metropolitan road allowance.

11a (1) The council of each of the area municipalities set out in Schedule "A" to this By-law is hereby empowered to lease or license the use of sidewalks and untravelled portions of Metropolitan roads within those portions of such area municipality in which land may be used for commercial or industrial purposes, to the owners or occupants of adjoining property for such purposes as the said council may by lease or license permit, and for such consideration and upon such terms and conditions as may be agreed. [Section 11a was added through Metro By-law 115-77.]

Schedule "A": the Borough of East York, the Borough of Etobicoke, the Borough of North York, the Borough of Scarborough, and the Borough of York

Municipality of Metropolitan Toronto By-law 97-80:

1. (1) Notwithstanding the provisions of By-law No. 211-74, as amended, the Council of each of the area municipalities set out in Schedule "A" to this By-law is hereby empowered to lease or license the use of sidewalks and untravelled portions of Metropolitan roads within those portions of such area municipality in which land may be used for commercial or industrial purposes to the owners in possession or the occupants of adjoining properties for the purposes of:

- (a) display of merchandise;
- (b) operation of boulevard cafes;
- (c) installation of bicycle stands;
- (d) holding of sidewalk sales.

Schedule "A": the city of Toronto, the city of North York

City of Toronto By-law 618-80:

1. (1) An owner or occupant of land used for commercial or industrial purposes which abuts on the sidewalk or untravelled portion of a Metropolitan road within the City of Toronto may apply to the Commissioner of Public Works and the Environment to lease or license the use of such sidewalk and untravelled

articles à l'extérieur des bâtisses de façon à surplomber quelque section d'une route de la Communauté urbaine.

11a (1) Le conseil de chacune des municipalités de secteur, énumérées à l'annexe «A» du présent règlement, est par les présentes habilité à louer, pour une contrepartie ou aux conditions convenues, les trottoirs et les sections non utilisées des routes de la Communauté urbaine dans les zones de la municipalité de secteur où les biens-fonds peuvent être utilisés à des fins commerciales ou industrielles, aux propriétaires ou aux occupants des terrains attenants aux fins que ledit conseil peut autoriser par bail ou permis, ou à assujettir leur utilisation à la délivrance d'un permis. [L'article 11a a été ajouté au moyen du règlement 115-77 de la Communauté urbaine.]

Annexe «A»: la municipalité d'East York, la municipalité d'Etobicoke, la municipalité de North York, la municipalité de Scarborough et la municipalité de York

Le règlement 97-80 de la municipalité de la communauté urbaine de Toronto:

[TRADUCTION] **1.** (1) Nonobstant les dispositions du règlement n° 211-74 et ses modifications, le conseil de chacune des municipalités de secteur mentionnées dans l'annexe «A» du présent règlement est, par les présentes, habilité à louer les trottoirs et les sections non utilisées des routes de la Communauté urbaine dans les zones de la municipalité de secteur où les biens-fonds peuvent être utilisés à des fins commerciales ou industrielles, aux propriétaires ou aux occupants des terrains attenants, ou à assujettir leur utilisation à la délivrance d'un permis aux fins:

- a) d'étaler des marchandises;
- b) d'exploiter des cafés terrasses;
- c) d'installer des supports à bicyclettes;
- d) de tenir des ventes sur le trottoir.

Annexe «A»: la ville de Toronto, la ville de North York

Le règlement 618-80 de la ville de Toronto:

[TRADUCTION] **1.** (1) Le propriétaire ou l'occupant d'un bien-fonds utilisé à des fins commerciales ou industrielles qui est attenant au trottoir ou à la section non utilisée d'une route de la Communauté urbaine, sis dans la ville de Toronto, peut s'adresser au commissaire des travaux publics et de l'environnement pour louer ce trottoir et la section non utilisée de la route

portion of the Metropolitan road within the City of Toronto for the purposes of:

- (a) display of merchandise;
- (b) operation of boulevard cafes;
- (c) installation of bicycle stands;
- (d) holding of sidewalk sales.

Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45:

102. Every council may pass such by-laws and make such regulations for the health, safety, morality and welfare of the inhabitants of the municipality in matters not specifically provided for by this Act as may be deemed expedient and are not contrary to law, and for governing the proceedings of the council, the conduct of its members and the calling of meetings.

210. By-laws may be passed by the councils of local municipalities:

. . .

73. For prohibiting or regulating sales by retail in the highways or on vacant lots adjacent to them and for regulating traffic in and preventing the blocking up of the highways by vehicles or otherwise.

. . .

140. For prohibiting and abating public nuisances.

308. By-laws may be passed by the council of every municipality:

. . .

3. For placing or permitting any person under such conditions as may be agreed upon to place, construct, install, maintain and use objects in, on, under or over sidewalks and highways under its jurisdiction, to permit any person to make, maintain and use areas under and openings in the highways and sidewalks, for prescribing the terms and conditions upon which the same are to be placed, constructed, installed, maintained or used and for making such annual or other charge for the privilege conferred by the by-law as it considers reasonable.

. . .

de la Communauté urbaine, sis dans la ville de Toronto, ou obtenir un permis autorisant son utilisation aux fins:

- a) d'étaler des marchandises;
- b) d'exploiter des cafés terrasses;
- c) d'installer des supports à bicyclettes;
- d) de tenir des ventes sur le trottoir.

Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45:

102 Le conseil peut adopter les règlements municipaux, ainsi que les règlements qui ne sont pas contraires à la loi, qui sont réputés pertinents, et qui portent sur la santé, la sécurité, la moralité et le bien-être des habitants de la municipalité, au sujet de questions qui ne sont pas expressément prévues par la présente loi, ou qui régissent les délibérations du conseil, la conduite de ses membres et la convocation des réunions du conseil.

210 Les conseils des municipalités locales peuvent adopter des règlements municipaux:

. . .

73. Pour interdire ou réglementer la vente au détail sur les voies publiques ou les terrains vacants contigus à celles-ci; pour réglementer la circulation sur les voies publiques et empêcher que celles-ci soient bloquées par des véhicules ou autrement.

. . .

140. Pour interdire et supprimer les nuisances publiques.

308 Les conseils des municipalités peuvent adopter des règlements municipaux:

. . .

3. Pour placer ou permettre, aux conditions convenues, à quiconque de placer, construire, installer, entretenir et utiliser des objets sur les trottoirs et les voies publiques relevant de sa compétence, que ces objets soient situés sur les trottoirs et les voies publiques ou en-dessous ou au-dessus d'eux; pour permettre à quiconque de construire, d'entretenir et d'utiliser des zones sous les voies publiques et les trottoirs et des ouvertures sur ceux-ci; pour prescrire les conditions auxquelles le placement, la construction, l'installation, l'entretien et l'utilisation des objets, zones et ouvertures sont assujetties; pour prévoir des droits annuels ou autres que le conseil estime convenables en contrepartie du privilège conféré par le règlement municipal.

. . .

(b) Payment of such annual or other charge and expense incurred by the municipal corporation in restoring the highway or sidewalk to its former condition may be enforced in like manner as taxes that are due and payable.

314.—(1) The councils of all municipalities may pass by-laws:

1. For prohibiting or regulating the obstructing, encumbering, injuring or fouling of highways or bridges.

III. Judgments in the Courts Below

1. *Provincial Court of Ontario*

There was no dispute that, if s. 11 of Metro By-law 211-74 was valid, the appellant was guilty of contravening it. Kerr Prov. Ct. J. held that s. 11 of Metro By-law 211-74 was *intra vires* in that it was passed pursuant to valid authority delegated to Metro by the Ontario *Municipal Act* (formerly R.S.O. 1980, c. 302). The relevant authorizing sections were ss. 210, para. 73, 210, para. 140 and 314(1), para. 1 (formerly ss. 210, para. 66, 210, para. 134 and 315, para. 1).

Section 210, para. 73 of the *Municipal Act* empowers a municipality to prohibit or regulate sales by retail in the highways. The provincial court judge followed an unnamed Court of Appeal decision to hold that highways includes sidewalks. He found that the omission of the word “sale” from s. 11 of Metro By-law 211-74, which refers to placing or exposing goods, wares or merchandise on Metro roads, did not render the by-law *ultra vires* since the municipality clearly envisaged that the goods would be placed or exposed for sale.

Section 210, para. 140 of the *Municipal Act* permits by-laws to be passed to prohibit or abate public nuisances. The court heard evidence that sidewalk displays have been a nuisance to shopkeepers and pedestrians, and made it difficult for emergency personnel to get past, and therefore held that s. 11 of Metro By-law 211-74 could have been val-

b) La municipalité peut percevoir les droits annuels ou autres et recouvrer les dépenses qu'elle a engagées pour remettre en état la voie publique ou le trottoir de la même manière que des impôts dus et échus.

314 (1) Le conseil d'une municipalité peut adopter des règlements municipaux:

1. Pour interdire ou pour réglementer l'obstruction, l'encombrement, l'endommagement et l'encrassement des voies publiques et des ponts.

III. Les juridictions inférieures

1. *La Cour provinciale de l'Ontario*

Personne n'a contesté le fait que, si l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine est valide, l'appelant est coupable de l'avoir enfreint. Selon le juge Kerr de la Cour provinciale, l'art. 11 du règlement 211-74 est *intra vires* puisqu'il a été adopté conformément à un pouvoir valide délégué à la Communauté urbaine par la *Loi sur les municipalités* de l'Ontario (auparavant L.R.O. 1980, ch. 302). Ce sont les dispositions 73 et 140 de l'art. 210, et la disposition 1 du par. 314(1) (auparavant les dispositions 66 et 134 de l'art. 210, et la disposition 1 de l'art. 315), qui confèrent ce pouvoir.

L'article 210, disp. 73, de la *Loi sur les municipalités* habilite les municipalités à interdire ou à réglementer la vente au détail sur les voies publiques. Le juge de la Cour provinciale a suivi, sans la nommer, une décision de la Cour d'appel pour conclure que les voies publiques incluent les trottoirs. Il a statué que l'omission du terme «vente» à l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine, qui parle de placer ou d'étaler des marchandises sur ses routes, ne rend pas le règlement *ultra vires* puisque la municipalité a nettement envisagé que les marchandises seraient placées ou étalées pour être vendues.

L'article 210, disp. 140, de la *Loi sur les municipalités* permet l'adoption de règlements pour interdire ou supprimer les nuisances publiques. La cour a entendu des témoignages selon lesquels les étalages sur les trottoirs nuisaient aux commerçants et aux piétons et rendaient difficile le passage du personnel des services d'urgence, et elle a donc con-

idly passed pursuant to this section. The same reasoning applied to s. 314(1), para. 1, which permits municipalities to pass by-laws prohibiting or regulating the obstruction, encumbering, injuring or fouling of highways or bridges.

The appellant was convicted, and sentenced to a fine of \$700 and two years' probation.

2. *District Court of Ontario* (1989), 47 M.P.L.R. 59 (Herold Dist. Ct. J.)

The appellant appealed to the District Court on the ground that ss. 11 and 11a of Metro By-law 211-74 were *ultra vires* either because they were not authorized by the *Municipal Act* or because they were discriminatory in the municipal law sense.

The court held first that by-laws should be given a liberal interpretation when applied to any particular fact situation. The court held that s. 210, para. 140 (formerly s. 210, para. 134) of the *Municipal Act*, which permits councils to pass by-laws prohibiting nuisances, did not authorize s. 11 of Metro By-law 211-74 since, on the whole, the purpose of the by-law was not to prohibit or abate public nuisances. Next, the court held that s. 314(1), para. 1 (formerly s. 315, para. 1) of the *Municipal Act* did authorize the by-law in question because that section authorizes municipalities to pass by-laws prohibiting obstructions and encumbrances on highways, which was the purpose of s. 11 of Metro By-law 211-74. Another section of Metro By-law 211-74, which deals with obstructions and encumbrances on Metro roads, is a general prohibition while s. 11 of Metro By-law 211-74 deals with a specific manifestation of this problem; the two are not incompatible. Section 210, para. 73 (formerly s. 210, para. 66) of the *Municipal Act*, allowing municipalities to prohibit or regulate sales by retail in the highways, also authorized s. 11 of By-law 211-74 since the reference to "goods, wares or merchandise" incorporated by necessary reference the concept of sale by retail

clue que l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine aurait pu être valablement adopté conformément à l'art. 210, disp. 140. Le même raisonnement s'appliquait au par. 314(1), disp. 1, qui habilite les municipalités à adopter des règlements pour interdire ou pour réglementer l'obstruction, l'encombrement, l'endommagement et l'encrassement des voies publiques et des ponts.

L'appelant a été déclaré coupable, condamné à une amende de 700 \$ et assujéti à deux années de probation.

2. *La Cour de district de l'Ontario* (1989), 47 M.P.L.R. 59 (le juge Herold)

L'appelant a interjeté appel à la Cour de district en faisant valoir que les art. 11 et 11a du règlement 211-74 de la Communauté urbaine sont *ultra vires* parce que leur adoption n'est pas autorisée par la *Loi sur les municipalités* ou parce qu'ils sont discriminatoires au sens du droit municipal.

La cour a d'abord conclu que, lorsqu'ils sont appliqués à une situation de fait particulière, les règlements devaient être interprétés d'une manière libérale. Selon elle, l'art. 210, disp. 140 (auparavant l'art. 210, disp. 134), de la *Loi sur les municipalités*, qui permet aux conseils d'adopter des règlements pour interdire les nuisances, n'autorise pas l'adoption de l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine puisque, dans l'ensemble, le règlement ne vise pas à interdire ou à supprimer les nuisances publiques. La cour a ensuite conclu que, puisqu'il habilite les municipalités à adopter des règlements pour interdire l'obstruction et l'encombrement des voies publiques et qu'il s'agit là de l'objectif de l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine, le par. 314(1), disp. 1 (auparavant l'art. 315, disp. 1), de la *Loi sur les municipalités* autorise effectivement l'adoption du règlement en question. Ce dernier contient un autre article qui porte sur l'obstruction et l'encombrement des routes de la Communauté urbaine et qui impose une interdiction générale, alors que l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine vise une manifestation précise de ce problème; les deux ne sont pas incompatibles. L'article 210, disp. 73 (auparavant l'art. 210, disp.

into the by-law. The city of Toronto also raised s. 102 (formerly s. 104) of the *Municipal Act* as an authorizing section. This section allows municipalities to regulate in matters not specifically provided for in the Act for the health and safety of their inhabitants. The court held that, since it had found two specific sections which authorized the by-law, s. 102 could not authorize s. 11 of Metro By-law 211-74.

With respect to the issue of discrimination, the court held that a municipality may not discriminate amongst members of a class unless its enabling legislation empowers it to do so. The court held, however, that in the case at bar there were two classes of vendors in question: retail vendors in stores and street vendors. Since all street vendors were being treated equally by ss. 11 and 11a of Metro By-law 211-74, there was no discrimination on the face of the by-law.

The appellant's appeal against his conviction was accordingly dismissed.

3. *Court of Appeal of Ontario* (1991), 62 C.C.C. (3d) 147

The appellant's appeal to the Court of Appeal was heard in conjunction with the appeal in *R. v. Sharma*. Osborne J.A., Dubin C.J.O. concurring, pointed out that s. 11a of Metro By-law 211-74 has no application to the city of Toronto since the City does not appear in Schedule "A" to the by-law. However, this was of little practical consequence since the City has established a similar regulatory regime for licensing in City of Toronto By-law

66), de la *Loi sur les municipalités*, qui habilite les municipalités à interdire ou à réglementer les ventes au détail sur les voies publiques, autorise également l'adoption de l'art. 11 du règlement 211-74 puisque la mention de «marchandises» («goods, wares or merchandise») incorpore par renvoi nécessaire, dans le règlement, le concept de vente au détail. La ville de Toronto a aussi soutenu que l'art. 102 (auparavant l'art. 104) de la *Loi sur les municipalités* en permet également l'adoption. Cet article habilite les municipalités à adopter des règlements qui portent sur la santé et la sécurité de leurs habitants au sujet de questions qui ne sont pas expressément prévues par la Loi. La cour a statué que, puisqu'elle a trouvé deux articles précis qui autorisent l'adoption du règlement, l'art. 102 ne saurait autoriser l'adoption de l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine.

Quant à la question de la discrimination, la cour a jugé qu'une municipalité ne peut établir une distinction entre les membres d'une même catégorie à moins que sa loi habilitante ne lui permette de le faire. La cour a toutefois conclu qu'en l'espèce deux catégories de vendeurs étaient en cause: les commerçants en détail et les vendeurs ambulants. Étant donné que les vendeurs ambulants étaient tous traités également par les art. 11 et 11a du règlement 211-74 de la Communauté urbaine, le règlement n'établissait à première vue, aucune distinction.

L'appel de l'appelant contre sa déclaration de culpabilité a donc été rejeté.

3. *La Cour d'appel de l'Ontario* (1991), 62 C.C.C. (3d) 147

L'appel de l'appelant à la Cour d'appel de l'Ontario a été entendu en même temps que l'appel *R. c. Sharma*. Le juge Osborne, aux motifs duquel a souscrit le juge en chef Dubin de l'Ontario, a souligné que l'art. 11a du règlement 211-74 de la Communauté urbaine ne s'applique pas à la ville de Toronto, vu que celle-ci n'est pas énumérée à l'annexe «A» du règlement. Toutefois, cela a peu de conséquences pratiques puisque la ville a, dans son règlement 618-80, établi un régime de réglementation semblable en matière de permis en exer-

618-80 through the exercise of power delegated to it in Metro By-law 97-80.

The appellant argued that, by s. 11 of Metro By-law 211-74, Metro had assumed greater legislative powers than can be derived from the *Municipal Act*. Osborne J.A. held that Metro has a legitimate interest in keeping its roads and sidewalks unobstructed, which was the broad purpose of s. 11 of Metro By-law 211-74. He held that s. 11 of Metro By-law 211-74 was not authorized by s. 210, para. 73 (formerly s. 210, para. 66) of the *Municipal Act*, which refers to prohibiting retail sales in the highways. Rather, the section of the by-law in question was authorized by ss. 210, para. 140 and 314(1), para. 1 (formerly ss. 210, para. 134 and 315, para. 1) of the *Municipal Act*. Section 210, para. 140 authorizes municipalities to pass by-laws for the prohibiting and abatement of public nuisances; s. 314(1), para. 1 authorizes municipalities to pass by-laws prohibiting or regulating obstructions of and encumbrances on the highways. Metro delegated its statutory power under these sections of the *Municipal Act* to the city of Toronto when it enacted By-law 97-80. The city of Toronto exercised its delegated power and enacted By-law 618-80.

The appellant argued that the regulatory scheme set up through the combined effect of s. 11 of Metro By-law 211-74, Metro By-law 97-80 and City of Toronto By-law 618-80 was discriminatory in the municipal law sense in that it treated vendors within the same class differently without authority from the *Municipal Act*. Osborne J.A. held first, like Herold Dist. Ct. J., that street vendors are not in the same class as vendors who own or occupy property which abuts a sidewalk. The distinction between these two types of vendors is reasonable. Osborne J.A. distinguished the holdings of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Varga* (1979), 51 C.C.C. (2d) 558, and of this Court in *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368, on discrimination in the

çant le pouvoir qui lui est délégué dans le règlement 97-80 de la Communauté urbaine.

L'appelant a prétendu que, par l'art. 11 de son règlement 211-74, la Communauté urbaine s'est arrogée des pouvoirs législatifs plus grands que ceux qui peuvent découler de la *Loi sur les municipalités*. Le juge Osborne a conclu que la Communauté urbaine avait un intérêt légitime à garder dégagés les voies publiques et les trottoirs, et qu'il s'agit là de l'objectif général de l'art. 11 de son règlement 211-74. Il a conclu que l'art. 210, disp. 73 (auparavant l'art. 210, disp. 66), de la *Loi sur les municipalités*, qui interdit la vente au détail sur les voies publiques, n'autorisait pas l'adoption de l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine. C'étaient plutôt l'art. 210, disp. 140, et le par. 314(1), disp. 1 (auparavant les art. 210, disp. 134, et 315, disp. 1), de la *Loi sur les municipalités* qui l'autorisaient. L'article 210, disp. 140, permet aux municipalités d'adopter des règlements pour interdire et supprimer les nuisances publiques; le par. 314(1), disp. 1, les autorise à adopter des règlements pour interdire ou réglementer l'obstruction et l'encombrement des voies publiques. La Communauté urbaine a délégué à la ville de Toronto le pouvoir que lui confèrent ces articles de la *Loi sur les municipalités*, lorsqu'elle a adopté le règlement 97-80. La ville de Toronto a exercé son pouvoir délégué et a adopté le règlement 618-80.

Selon l'appelant, le régime de réglementation établi sous l'effet conjugué de l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine, du règlement 97-80 de cette dernière et du règlement 618-80 de la ville de Toronto était discriminatoire au sens du droit municipal puisqu'il traitait différemment les vendeurs d'une même catégorie sans que la *Loi sur les municipalités* ne l'autorise à le faire. Le juge Osborne a d'abord conclu, à l'instar du juge Herold de la Cour de district, que les vendeurs ambulants ne font pas partie de la même catégorie que les vendeurs qui sont propriétaires ou occupants d'un bien-fonds attenant à un trottoir. La distinction entre ces deux types de vendeurs est raisonnable. Le juge Osborne a distingué de l'espèce l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *R. c. Varga*

municipal law sense since in those cases, unlike the case at bar, the by-laws did not treat all members of the same class equally. Accordingly, the appellant's appeal from his conviction was dismissed.

Arbour J.A. concurred in the holding that s. 11 of Metro By-law 211-74 was validly enacted pursuant to the power contained in ss. 210, para. 140 and 314(1), para. 1 of the *Municipal Act*. However, she dissented on the issue of whether or not the licensing scheme was discriminatory. Arbour J.A. noted that the appellant's argument was not that the distinction between store occupants and street vendors was irrational or unjust, but that it was illegal because it had no foundation in the *Municipal Act*. Arbour J.A. continued (at pp. 163-64):

It is a well established rule of administrative law that the power to enact by-laws does not include the power to enact discriminatory by-laws, unless the enabling legislation, directly or by necessary implication, provides for the discrimination. . . .

The alleged discrimination in this case is discrimination in the administrative law-sense, *i.e.*, the drawing of a distinction by a subordinate authority that is not authorized by the enabling legislation.

She relied on the decision of this Court in *Montreal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, *supra*, at p. 404, for this statement of the law.

She went on to find that the "creation by the by-law of two different classes of street vendors, even if reasonable in fact, is impermissible in law unless it is authorized by the *Municipal Act*" (p. 166). Nothing in the authorizing provisions (ss. 210, para. 140 and 314(1), para. 1 of the *Municipal Act*) "authorizes the drawing of a distinction between various classes of persons who may be permitted to expose their goods or merchandise on sidewalks" (p. 167). She continued (at p. 168): "[N]one of the provisions of the *Municipal Act*

(1979), 51 C.C.C. (2d) 558, et celui de notre Cour, *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368, relativement à la discrimination au sens du droit municipal puisque, dans ces deux affaires, contrairement à l'espèce, les règlements ne traitaient pas également tous les membres d'une même catégorie. En conséquence, l'appel de l'appelant contre sa déclaration de culpabilité a été rejeté.

Le juge Arbour a souscrit à la conclusion que l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine a été validement adopté conformément au pouvoir conféré à l'art. 210, disp. 140, et au par. 314(1), disp. 1, de la *Loi sur les municipalités*. Toutefois, elle était dissidente quant à savoir si le régime de permis était discriminatoire ou non. Le juge Arbour a fait remarquer que l'appelant a soutenu non pas que la distinction établie entre les commerçants et les vendeurs ambulants était irrationnelle ou injuste, mais qu'elle était illégale parce qu'elle n'avait aucun fondement dans la *Loi sur les municipalités*. Le juge Arbour ajoute (aux pp. 163 et 164):

[TRADUCTION] Il est bien établi, en droit administratif, que le pouvoir d'adopter des règlements ne comporte pas celui d'en adopter des discriminatoires à moins que le texte législatif habilitant ne prescrive la discrimination directement ou par déduction nécessaire. . . .

La discrimination alléguée en l'espèce est une discrimination au sens du droit administratif, en ce sens qu'il y a établissement, par une autorité subordonnée, d'une distinction non autorisée par le texte législatif habilitant.

Elle s'est appuyée sur l'arrêt de notre Cour *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, précité, à la p. 404, pour formuler cet exposé du droit.

Elle a ensuite conclu que la [TRADUCTION] «création par le règlement de deux catégories différentes de vendeurs ambulants, même si elle est raisonnable en fait, est inacceptable en droit, à moins d'être autorisée par la *Loi sur les municipalités*» (p. 166). Les dispositions autorisant l'adoption du règlement (l'art. 210, disp. 140, et le par. 314(1), disp. 1, de la *Loi sur les municipalités*) ne [TRADUCTION] «permettent pas d'établir une distinction entre différentes catégories de personnes qui peuvent être autorisées à étaler leurs

authorize, directly or by necessary implication, the distinction drawn in the by-laws between two classes of street vendors." Arbour J.A. concluded (at p. 169):

The clear purpose of all three by-laws is to provide a licensing system for the display of merchandise on metro roads in the City of Toronto. In my view, the illegal discrimination contained in the licensing system can only be corrected by striking down the prohibition contained in s. 11 of By-law 211-74. This was also the remedial approach taken against the offending provisions of the by-law in *R. v. Varga, supra*, at pp. 565-6 C.C.C., pp. 108-9 D.L.R.

For these reasons, I would conclude that s. 11 of Metro By-law 211-74, Metro By-law 97-80 and City of Toronto By-law 618-80 are *ultra vires* the powers conferred upon Metro and the City of Toronto by the *Municipal Act* and must be quashed.

IV. Analysis

Municipalities are entirely the creatures of provincial statutes. Accordingly, they can exercise only those powers which are explicitly conferred upon them by a provincial statute. The Ontario *Interpretation Act*, R.S.O. 1990, c. I.11, states:

10. Every Act shall be deemed to be remedial, whether its immediate purport is to direct the doing of anything that the Legislature deems to be for the public good or to prevent or punish the doing of any thing that it deems to be contrary to the public good, and shall accordingly receive such fair, large and liberal construction and interpretation as will best ensure the attainment of the object of the Act according to its true intent, meaning and spirit.

As Davies J. wrote in his reasons in *City of Hamilton v. Hamilton Distillery Co.* (1907), 38 S.C.R. 239, at p. 249, with respect to construing provincial legislation enabling municipal by-laws:

marchandises sur les trottoirs» (p. 167). Elle ajoute (à la p. 168): [TRADUCTION] «[A]ucune disposition de la *Loi sur les municipalités* ne permet, directement ou par déduction nécessaire, la distinction établie dans les règlements entre deux catégories de vendeurs ambulants.» Elle conclut ensuite (à la p. 169):

[TRADUCTION] Les trois règlements visent manifestement à prescrire un régime de permis applicable à l'étalement de marchandises sur les routes de la Communauté urbaine situées dans la ville de Toronto. À mon avis, la distinction illégale établie dans le régime de permis ne peut être rectifiée que par l'abolition de l'interdiction prévue à l'art. 11 du règlement 211-74. Cette solution réparatrice a également été adoptée à l'égard des dispositions fautives du règlement dans *R. c. Varga*, précité, aux pp. 565 et 566 C.C.C., et 108 et 109 D.L.R.

Pour ces motifs, je suis d'avis de conclure que l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine, le règlement 97-80 de cette dernière et le règlement 618-80 de la ville de Toronto excèdent les pouvoirs conférés à la Communauté urbaine et à la ville de Toronto par la *Loi sur les municipalités* et doivent être annulés.

IV. Analyse

Les municipalités doivent leur existence aux lois provinciales. En conséquence, elles ne peuvent exercer que les pouvoirs qui leur sont expressément conférés par une loi provinciale. La *Loi d'interprétation* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. I.11, est ainsi rédigée:

10 Les lois sont réputées apporter une solution de droit, qu'elles aient pour objet immédiat d'ordonner l'accomplissement d'un acte que la Législature estime être dans l'intérêt public ou d'empêcher ou de punir l'accomplissement d'un acte qui lui paraît contraire à l'intérêt public. Elles doivent par conséquent s'interpréter de la manière la plus équitable et la plus large qui soit pour garantir la réalisation de leur objet selon leurs sens, intention et esprit véritables.

Comme l'a affirmé le juge Davies dans *City of Hamilton c. Hamilton Distillery Co.* (1907), 38 R.C.S. 239, à la p. 249, à l'égard de l'interprétation d'une loi provinciale autorisant l'adoption de règlements municipaux:

In interpreting this legislation I would not desire to apply the technical or strict canons of construction sometimes applied to legislation authorizing taxation. I think the sections are, considering the subject matter and the intention obviously in view, entitled to a broad and reasonable if not, as Lord Chief Justice Russell said in *Kruse v. Johnson* [[1898] 2 Q.B. 91], at p. 99, a “benevolent construction,” and if the language used fell short of expressly conferring the powers claimed, but did confer them by a fair and reasonable implication I would not hesitate to adopt the construction sanctioned by the implication.

Accordingly, a court should look to the purpose and wording of the provincial enabling legislation when deciding whether or not a municipality has been empowered to pass a certain by-law. As Ian Rogers has noted in *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2nd ed. 1971), at p. 388, a somewhat stricter rule of construction than that suggested above by Davies J. is in order where the municipality is attempting to use a power which restricts common law or civil rights.

There is also the question of how the by-law itself should be interpreted when determining whether or not the by-law finds authority within a provincial statute. In *City of Verdun v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 S.C.R. 222, Fauteux J. wrote for the Court that “municipalities derive their legislative powers from the provincial Legislature and must, consequently, frame their by-laws strictly within the scope delegated to them by the Legislature” (p. 228). This is a statement of principle that a by-law which exceeds a municipality’s jurisdiction ever so slightly will be declared *ultra vires*. As Stanley Makuch states in his *Canadian Municipal and Planning Law*, at p. 115:

The courts, as a result of this inferior legal position [of municipalities], have traditionally interpreted narrowly statutes respecting grants of powers to municipalities. This approach may be described as “Dillon’s rule”, which states that a municipality may exercise only those powers expressly conferred by statute, those powers necessarily or fairly implied by the expressed power in the statute, and those indispensable powers essential and

[TRADUCTION] En interprétant la présente loi, je ne souhaiterais pas appliquer les principes techniques et stricts d’interprétation parfois appliqués aux mesures législatives qui autorisent la perception d’impôts. À mon avis, compte tenu de l’objet et de l’intention manifestement visés, les articles peuvent être interprétés d’une manière libérale et raisonnable, ou à tout le moins «bienveillante», comme le lord juge en chef Russell l’a écrit dans l’arrêt *Kruse c. Johnson* [[1898] 2 Q.B. 91], à la p. 99. En outre, si le langage utilisé ne conférait pas expressément les pouvoirs revendiqués, mais le faisait par déduction juste et raisonnable, je n’hésiterais pas à adopter l’interprétation ainsi sanctionnée.

En conséquence, lorsqu’il doit déterminer si une municipalité a été habilitée à adopter un certain règlement, le tribunal devrait examiner l’objet et le texte de la mesure législative provinciale habilitante. Comme l’a fait remarquer Ian Rogers dans *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2^e éd. 1971), à la p. 388, il convient d’adopter une règle d’interprétation un peu plus stricte que celle proposée ci-dessus par le juge Davies lorsque la municipalité tente d’exercer un pouvoir qui restreint des droits civils ou de common law.

On s’interroge également sur la façon dont le règlement lui-même devrait être interprété lorsqu’il s’agit de déterminer si son adoption est autorisée par une loi provinciale. Dans *City of Verdun c. Sun Oil Co.*, [1952] 1 R.C.S. 222, le juge Fauteux a écrit, au nom de la Cour, que [TRADUCTION] «les municipalités doivent leur pouvoir législatif au législateur provincial et qu’elles sont en conséquences obligées, dans la rédaction de leurs règlements, de respecter strictement les limites de la délégation que leur a faite le législateur» (p. 228). C’est là un énoncé du principe selon lequel le règlement qui excède la compétence d’une municipalité, même légèrement, sera déclaré *ultra vires*. Comme l’affirme Stanley Makuch, dans *Canadian Municipal and Planning Law*, à la p. 115:

[TRADUCTION] En raison de cette position juridique inférieure [celle des municipalités], les tribunaux ont traditionnellement donné une interprétation stricte aux lois qui confèrent des pouvoirs aux municipalités. Cette interprétation peut être décrite comme la «règle de Dillon», selon laquelle les municipalités peuvent exercer seulement les pouvoirs qui leur sont conférés expressément par la loi, les pouvoirs qui découlent nécessaire-

not merely convenient to the effectuation of the purposes of the corporation.

With respect to the interpretation of by-laws in determining whether or not they are *intra vires*, this Court held in *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, at p. 803, that two rules of construction are of assistance. The first rule is that in interpreting general words and phrases, the meaning should be given to them which best suits the particular subject matter with reference to which the words are used. Cartwright J. stated for the Court (at pp. 803-4):

The second applicable rule of construction is that if an enactment, whether of Parliament or of a legislature or of a subordinate body to which legislative power is delegated, is capable of receiving a meaning according to which its operation is restricted to matters within the power of the enacting body it shall be interpreted accordingly. An alternative form in which the rule is expressed is that if words in a statute are fairly susceptible of two constructions of which one will result in the statute being *intra vires* and the other will have the contrary result the former is to be adopted.

Therefore, municipal by-laws are to be read to fit within the parameters of the empowering provincial statute where the by-laws are susceptible to more than one interpretation. However, courts must be vigilant in ensuring that municipalities do not impinge upon the civil or common law rights of citizens in passing *ultra vires* by-laws (see, e.g., *Merritt v. City of Toronto* (1895), 22 O.A.R. 205, at p. 207).

The impugned section of Metro By-law 211-74 reads as follows:

11. No person shall, without lawful authority, place or expose goods, wares or merchandise or articles of any kind upon any metropolitan road allowance or hang or put up any goods, wares or merchandise, or other articles outside of any building so that the same shall project over any portion of a metropolitan road allowance.

The respondent city of Toronto submits that authority for this section of Metro By-law 211-74 can be found in any of four sections of the *Munici-*

ment ou vraiment du pouvoir conféré dans la loi et les pouvoirs indispensables qui sont essentiels et non pas seulement commodes pour réaliser les fins de l'organisme.

Quant à la manière d'interpréter les règlements afin de déterminer s'ils sont *intra vires*, notre Cour a conclu, dans *McKay c. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, à la p. 803, que deux règles d'interprétation sont utiles. Selon la première, il faut interpréter les mots et les expressions de caractère général de manière à leur donner le sens qui convient le plus au sujet auquel ils se rapportent. Le juge Cartwright a affirmé au nom de la Cour (aux pp. 803 et 804):

[TRADUCTION] La deuxième règle d'interprétation applicable est que, lorsqu'un texte législatif émanant du Parlement, d'une législature ou d'un organisme subalterne auquel le pouvoir de légiférer est délégué, peut être interprété de manière à limiter son application aux domaines de compétence du corps législatif, cette interprétation doit prévaloir. Une autre façon de formuler la règle est de dire que si les termes d'une loi peuvent vraiment être interprétés de deux façons, l'une permettant de conclure au caractère *intra vires* de la loi alors que l'autre aurait l'effet contraire, ils doivent être interprétés de la première façon.

Par conséquent, lorsqu'ils sont susceptibles de recevoir plus d'une interprétation, les règlements municipaux doivent être interprétés de manière à respecter les paramètres de la loi provinciale habilitante. Toutefois, les tribunaux doivent veiller à ce que les municipalités n'empiètent pas sur les droits civils ou de common law des citoyens en adoptant des règlements *ultra vires* (voir, p. ex., *Merritt c. City of Toronto* (1895), 22 O.A.R. 205, à la p. 207).

L'article contesté du règlement 211-74 de la Communauté urbaine est le suivant:

[TRADUCTION] 11. Nul ne doit, sans autorisation légitime, placer ou étaler des marchandises ou articles de quelque sorte que ce soit sur les routes de la Communauté urbaine, ni accrocher des marchandises ou autres articles à l'extérieur des bâtisses de façon à surplomber quelque section d'une route de la Communauté urbaine.

L'intimée, la ville de Toronto, soutient que l'un ou l'autre de quatre articles de la *Loi sur les municipalités* permet d'adopter cet article du règlement

pal Act. These four sections will be discussed in turn.

1. *Section 210, para. 73*

The first of these sections is s. 210, para. 73 (formerly s. 210, para. 66), which empowers a local municipality to prohibit or regulate sales by retail in the highways. Metro is a municipality, not a local municipality, which is defined in s. 1 of the *Municipal Act*, as a city, town, village or township. However, ss. 79 and 84 of the *Municipality of Metropolitan Toronto Act*, R.S.O. 1990, c. M.62, confer on Metro all the powers with respect to highways which are conferred by the *Municipal Act* on the local municipalities that compose Metro. The Provincial and District Courts found that the phrase "goods, wares or merchandise" in s. 11 of Metro By-law 211-74 incorporates by reference the concept of a sale by retail since the definition of "goods, wares, and merchandise" in *Black's Law Dictionary* is "A general and comprehensive designation of such chattels and goods as are ordinarily the subject of traffic and sale." If this is correct, s. 210, para. 73 of the *Municipal Act* would authorize s. 11 of Metro By-law 211-74 as a prohibition or regulation of street vending.

The Court of Appeal disagreed with this analysis. The Court of Appeal rejected s. 210, para. 73 as providing authority for s. 11 of Metro By-law 211-74 and I agree. The Court of Appeal held that the broad purpose of By-law 211-74 was not to prohibit or regulate street vending, but to prohibit or regulate road and sidewalk obstruction. The by-law does not refer to sales of goods, wares or merchandise, and such a term should not be read as incorporated by reference. It should be noted that the by-law also refers to exposing or placing "articles of any kind" on Metro roads. The Court of Appeal was correct in holding that, even under a liberal interpretation, s. 11 of Metro By-law 211-

211-74 de la Communauté urbaine. Ces articles seront analysés successivement.

1. *L'article 210, disp. 73*

Le premier de ces articles est l'art. 210, disp. 73 (auparavant l'art. 210, disp. 66), qui habilite les municipalités locales à interdire ou à réglementer la vente au détail sur les voies publiques. La Communauté urbaine est une municipalité et non pas une municipalité locale que l'art. 1 de la *Loi sur les municipalités* définit comme une cité, une ville, un village ou un canton. Toutefois, les art. 79 et 84 de la *Loi sur la municipalité de la communauté urbaine de Toronto*, L.R.O. 1990, ch. M.62, confèrent à la Communauté urbaine tous les pouvoirs relatifs aux voies publiques que la *Loi sur les municipalités* confère aux municipalités locales qui composent la Communauté urbaine. La Cour provinciale et la Cour de district ont conclu que le terme «marchandises» («*goods, wares or merchandise*») utilisé à l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine insère par renvoi le concept de la vente au détail puisque le *Black's Law Dictionary* définit l'expression «*goods, wares, and merchandise*» comme une [TRADUCTION] «[e]xpression utilisée pour désigner de manière générale et exhaustive les biens et marchandises qui font ordinairement l'objet d'un commerce et d'une vente.» À supposer que cela soit exact, l'art. 210, disp. 73, de la *Loi sur les municipalités* permettrait l'adoption de l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine pour interdire ou réglementer la vente dans les rues.

La Cour d'appel a rejeté cette analyse. Selon elle, l'art. 210, disp. 73, n'autorise pas l'adoption de l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine, et je partage son opinion. La Cour d'appel a conclu que le règlement 211-74 avait pour objet général non pas d'interdire ou de réglementer la vente dans les rues, mais d'interdire ou de réglementer l'obstruction des routes et des trottoirs. Ce règlement ne parle pas de la vente de marchandises et il n'y a pas lieu de considérer que ce terme y est inséré par renvoi. Il convient de souligner que le règlement parle aussi de placer ou d'étaler des [TRADUCTION] «articles de quelque sorte que ce soit» sur les routes de la Communauté

74 does not by wording or purpose regulate or prohibit sales by retail on the highways and is not authorized by s. 210, para. 73 of the *Municipal Act*.

2. Section 210, para. 140

The next section which the respondent claims provides authority for s. 11 of Metro By-law 211-74 is s. 210, para. 140 (formerly s. 210, para. 134), of the *Municipal Act*. Section 210, para. 140 empowers a municipality to pass by-laws abating or prohibiting public nuisances. The respondent and the intervener, the Municipality of Metropolitan Toronto, claim that street vendors are in fact a public nuisance as they interfere with the public use of the sidewalks. The intervener argues that s. 210, para. 140 gives the municipality the power to determine what constitutes a public nuisance in a specific instance which Metro did when it prohibited the placing or exposing of goods, wares or merchandise upon Metro road allowances without lawful authority. The appellant submits, on the other hand, that not all conduct prohibited by the by-law creates a public nuisance and the by-law is therefore too broad to fit within s. 210, para. 140 because individuals could be prosecuted under the by-law without having created or contributed to a public nuisance. On this matter, I would adopt the reasoning of the District Court where Herold Dist. Ct. J. held, at p. 65:

In my view of the evidence and considering the submissions of counsel, the fact that street vendors may on some occasions have been a nuisance is at best a matter of passing concern. One would, in my view, be striving too hard to find a pigeon-hole in which to put the by-law in question to have to rely on s. 210(134). It is not disputed that on occasion a nuisance may arise when the prohibited conduct is carried on but looking at the wording of the by-law as a whole I cannot agree that the purpose of the by-law was to prohibit or abate public nuisances. Accordingly, in my view s. 210(134) does not

urbaine. La Cour d'appel a eu raison de conclure que, même interprété d'une manière libérale, l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine ne réglemente pas ou n'interdit pas, de par son texte ou son objet, la vente au détail sur les voies publiques, et que l'art. 210, disp. 73, de la *Loi sur les municipalités* n'autorise pas son adoption.

^a 2. L'article 210, disp. 140

Le deuxième article qui, selon l'intimée, autorise l'adoption de l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine, est l'art. 210, disp. 140 (auparavant l'art. 210, disp. 134), de la *Loi sur les municipalités*, qui habilite les municipalités à adopter des règlements pour supprimer ou interdire les nuisances publiques. L'intimée et l'intervenante, la municipalité de la communauté urbaine de Toronto, maintiennent que les vendeurs ambulants sont en fait une nuisance publique puisqu'ils gênent l'utilisation des trottoirs par le public. L'intervenante fait valoir que l'art. 210, disp. 140, habilite la municipalité à déterminer ce qui constitue une nuisance publique dans un cas précis, ce que la Communauté urbaine a fait lorsqu'elle a interdit de placer ou d'étaler, sans autorisation légitime, des marchandises sur les routes de la Communauté urbaine. Par contre, l'appelant soutient que les comportements interdits par le règlement ne causent pas tous une nuisance publique et que le règlement est donc trop général pour relever de l'art. 210, disp. 140, puisqu'en vertu de ce règlement, des particuliers pourraient être poursuivis sans avoir causé ou avoir contribué à causer une nuisance publique. À cet égard, j'adopterais le raisonnement du juge Herold de la Cour de district qui conclut, à la p. 65:

[TRADUCTION] À mon avis, compte tenu de la preuve et des arguments des avocats, le fait que des vendeurs ambulants puissent avoir, à l'occasion, constitué une nuisance est tout au plus un sujet de préoccupation temporaire. À mon avis, il serait exagéré d'avoir à s'appuyer sur l'art. 210, disp. 134, pour créer une catégorie dans laquelle on inscrirait le règlement en question. Il n'est pas contesté qu'à l'occasion un comportement interdit puisse constituer une nuisance, mais compte tenu du texte général de l'ensemble du règlement, je ne puis accepter que ce dernier visait à interdire ou à sup-

enable the by-law in question to have been passed by the municipality.

Further, the effect of the by-law is to prohibit conduct which may not amount to a public nuisance. With respect, the Ontario Court of Appeal was in error when it held that s. 11 of Metro By-law 211-74 was authorized by s. 210, para. 140 of the *Municipal Act*.

3. Section 314(1), para. 1

The respondent next relies on s. 314(1), para. 1 (formerly s. 315, para. 1) of the *Municipal Act*, which empowers municipalities to pass by-laws for prohibiting or regulating the obstructing, encumbering, injuring or fouling of highways. Both the respondent and the intervener claim that the purpose of the impugned by-law provision is to prevent the encumbering or obstruction of roads and sidewalks. The Court of Appeal also found that this was the purpose of the by-law. The respondent claims that street vendors create physical and visual obstructions with their carts and that the garbage left behind from their activities fouls the sidewalks, and that s. 11 of Metro By-law 211-74 is designed to prevent this.

The appellant argues that the section of the by-law in question is overly broad since it refers, among other things, to exposing any article on the sidewalks which may not encumber or obstruct the sidewalk. I agree with the appellant on this point.

Section 11 of Metro By-law 211-74 is extremely broad in its restrictive effects. Sidewalks are a public location of community interaction. Sidewalks are used for many laudable purposes, such as collections by the Salvation Army for the disadvantaged members of our society or the distribution of poppies for Remembrance Day, each of which falls within the definition of exposing any article on a Metro road allowance but which do not constitute obstructions or encumbrances under the common understanding of these terms. In my view, s. 314(1), para. 1 of the *Municipal Act* does not authorize a by-law drawn in terms as broad as

primer les nuisances publiques. En conséquence, je crois que l'art. 210, disp. 134, n'autorise pas la municipalité à adopter le règlement en question.

En outre, le règlement a pour effet d'interdire un comportement qui peut ne pas constituer une nuisance publique. En toute déférence, la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur en concluant que l'art. 210, disp. 140, de la *Loi sur les municipalités* autorisait l'adoption de l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine.

3. Le paragraphe 314(1), disp. 1

L'intimée invoque ensuite le par. 314(1), disp. 1 (auparavant l'art. 315, disp. 1), de la *Loi sur les municipalités*, qui habilite les municipalités à adopter des règlements pour interdire ou réglementer l'obstruction, l'encombrement, l'endommagement et l'encrassement des voies publiques. L'intimée et l'intervenante soutiennent toutes deux que la disposition réglementaire contestée a pour objet d'éviter l'encombrement ou l'obstruction des routes et des trottoirs. La Cour d'appel a également conclu qu'il s'agissait là de l'objet du règlement. L'intimée prétend que les vendeurs ambulants causent une obstruction physique et visuelle avec leur voiturette et que les déchets laissés derrière eux encrassent les trottoirs, ce que vise à éviter l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine.

L'appellant soutient que l'article du règlement en question est trop général puisqu'il parle notamment d'étaler sur le trottoir des articles qui peuvent ne pas l'encombrer ou l'obstruer. Je partage son opinion à cet égard.

L'article 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine est extrêmement général dans ses effets restrictifs. Les trottoirs sont un lieu public d'interaction communautaire. Ils servent à de nombreuses fins louables, comme les collectes effectuées par l'Armée du salut au profit des citoyens défavorisés ou la distribution de coquelicots lors du jour du Souvenir, qui, dans les deux cas, sont visés par la définition de l'étalage d'articles de quelque sorte sur les routes de la Communauté urbaine, mais qui ne causent aucune obstruction ni aucun encombrement au sens ordinaire de ces termes. À mon avis, le par. 314(1), disp. 1, de la

have been used by Metro in s. 11 of Metro By-law 211-74.

4. Section 102

The respondent argues that, if s. 11 of the by-law is not specifically authorized by any other section of the *Municipal Act*, it is authorized by s. 102, which is a general power to regulate for the health, safety, morals and welfare of inhabitants of the municipality. The Ontario Court of Appeal has held, and I agree, that there are many limits on this general power which is of a residual nature: "otherwise the result will be chaos" (*Morrison v. Kingston* (1937), 69 C.C.C. 251, at p. 255). Middleton J.A. wrote for the Court of Appeal in *Morrison v. Kingston*, *supra*, at p. 255:

The first and most obvious limitation is found in the limitations imposed upon the power of the Province itself by the *B.N.A. Act*. The Province has not itself universal power of legislation, and its creature the municipality can have no higher power. A second and for many purposes a limitation of equally practical importance is that where the Provincial Legislature has itself undertaken to deal with a certain subject-matter in the interest of the inhabitants of the Province all legislation by the municipality must be subject to the provincial enactment. A third limitation is I think to be found in the express enactments of the *Municipal Act*. Very few subjects falling within the ambit of local government are left to the general provisions of s. 259 [now s. 102]. Almost every conceivable subject proper to be dealt with by a municipal council is specifically enumerated in the detailed provisions in the Act, and in some instances there are distinct limitations imposed on the powers of the municipal council. These express powers are, I think, taken out of any power included in the general grant of power by s. 259.

In the case at bar, s. 11 of Metro By-law 211-74 has as its purpose to prevent encumbrances and obstructions on the sidewalks. It must be authorized by s. 314(1), para. 1 if at all. If the by-law had as its purpose to regulate street vending, then it would have to be authorized by s. 210, para. 73. If

Loi sur les municipalités n'autorise pas l'adoption d'un règlement rédigé dans des termes aussi généraux que ceux utilisés par la Communauté urbaine dans l'art. 11 de son règlement 211-74.

4. L'article 102

L'intimée soutient que, si l'adoption de l'art. 11 du règlement n'est pas expressément autorisée par un autre article de la *Loi sur les municipalités*, elle est autorisée par l'art. 102 qui confère un pouvoir général d'adopter des règlements qui portent sur la santé, la sécurité, la moralité et le bien-être des habitants de la municipalité. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu, ce avec quoi je suis d'accord, que ce pouvoir général de nature résiduelle est assujéti à plusieurs limites, [TRADUCTION] «sinon, le résultat sera chaotique» (*Morrison c. Kingston* (1937), 69 C.C.C. 251, à la p. 255). Le juge Middleton affirme au nom de la Cour d'appel dans *Morrison c. Kingston*, précité (à la p. 255):

[TRADUCTION] La première limite et la plus évidente découle des limites imposées au pouvoir de la province elle-même par l'*A.A.N.B.* La province n'a pas elle-même un pouvoir législatif universel et les municipalités, qui lui doivent leur existence, ne peuvent détenir un pouvoir plus étendu. La deuxième limite qui, à plusieurs fins, est d'importance pratique égale, réside dans le fait que, lorsque la législature provinciale a elle-même décidé de traiter une certaine question dans l'intérêt de ses habitants, tous les textes législatifs adoptés par la municipalité doivent être assujétiés à la mesure législative provinciale. La troisième limite réside, à mon avis, dans les dispositions explicites de la *Loi sur les municipalités*. Très peu de questions relevant de la compétence du gouvernement local sont assujétiées aux dispositions générales de l'art. 259 [maintenant l'art. 102]. Presque toutes les questions imaginables pouvant être réglementés par le conseil municipal sont énumérées expressément dans les dispositions détaillées de la Loi et, dans certains cas, des limites précises sont imposées aux pouvoirs du conseil municipal. Ces pouvoirs explicites sont, je crois, soustraits de ceux qui sont compris dans le pouvoir général que confère l'art. 259.

En l'espèce, l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine vise à prévenir l'encombrement et l'obstruction des trottoirs. Si son adoption est autorisée, ce doit être par le par. 314(1), disp. 1. Si le règlement avait pour objet de réglementer la vente dans les rues, son adoption devrait alors être

the by-law had as its purpose to prohibit public nuisances, it would have to be authorized by s. 210, para. 140. Therefore, Metro cannot have recourse to s. 102 as authority for the by-law. In sum, s. 11 of Metro By-law 211-74 is *ultra vires* the Municipality of Metropolitan Toronto in that it is not specifically authorized by provincial enabling legislation.

For the reasons given by this Court in *R. v. Sharma*, Metro By-law 97-80 and City of Toronto By-law 618-80 are also *ultra vires* the municipalities on the basis that they contain discrimination, in the municipal law sense, not authorized by provincial enabling legislation. The respondent and the intervenor in the case at bar raised two additional arguments with respect to implied authority for the discrimination.

First, the respondent advanced s. 308, para. 3 of the *Municipal Act* as authorizing the discrimination in the licensing by-laws. That section of the *Municipal Act* empowers municipalities to pass by-laws permitting people "to place, construct, install, maintain and use objects in, on, under or over sidewalks and highways under its jurisdiction, [and] to permit any person to make, maintain and use areas under and openings in the highways and sidewalks" and to charge fees for this use. Section 308, para. 3(b) provides that these fees are enforceable in the same manner as taxes that are due and payable. The respondent argues that the only taxes under the control of municipalities are realty taxes. The respondent therefore submits that the reference to making charges enforceable in the same manner as taxes shows that the Legislature anticipated a legal distinction between the rights of abutting store owners who pay realty taxes and street vendors who do not. I do not agree. Simply put, that the Legislature wished to give teeth to the municipalities' enforcement power over charges for sidewalk use cannot be read as implied author-

autorisée par l'art. 210, disp. 73. S'il avait pour objet d'interdire les nuisances publiques, son adoption devrait être autorisée par l'art. 210, disp. 140. En conséquence, la Communauté urbaine ne saurait puiser à l'art. 102 son pouvoir d'adopter le règlement. Somme toute, l'art. 11 du règlement 211-74 de la Communauté urbaine excède les pouvoirs de la municipalité de la communauté urbaine de Toronto puisque son adoption n'est pas expressément autorisée par la loi provinciale habilitante.

Pour les raisons données par notre Cour dans *R. c. Sharma*, le règlement 97-80 de la Communauté urbaine et le règlement 618-80 de la ville de Toronto excèdent également les pouvoirs des municipalités pour le motif qu'ils créent une discrimination, au sens du droit municipal, qui n'est pas autorisée par la loi provinciale habilitante. L'intimée et l'intervenante en l'espèce ont avancé deux autres arguments à l'égard du pouvoir implicite d'établir la distinction.

Premièrement, l'intimée a soutenu que l'art. 308, disp. 3, de la *Loi sur les municipalités* autorisait l'établissement d'une distinction dans les règlements prévoyant la délivrance d'un permis. Cet article de la *Loi sur les municipalités* habilite les municipalités à adopter des règlements pour permettre aux gens de «placer, construire, installer, entretenir et utiliser des objets sur les trottoirs et les voies publiques relevant de sa compétence, que ces objets soient situés sur les trottoirs et les voies publiques ou en-dessous ou au-dessus d'eux [et] pour permettre à quiconque de construire, d'entretenir et d'utiliser des zones sous les voies publiques et les trottoirs et des ouvertures sur ceux-ci», et à exiger des droits pour cette utilisation. L'article 308, disp. 3b), prévoit que ces droits sont percevables de la même manière que des impôts sont dus et échus. L'intimée fait valoir que les seuls impôts sous le contrôle des municipalités sont les impôts fonciers. L'intimée soutient donc qu'en parlant de droits percevables de la même manière que celle des impôts, la législature a prévu une distinction légale entre les droits des propriétaires des boutiques attenantes qui paient des impôts fonciers et les vendeurs ambulants qui n'en paient pas. Je ne suis pas d'accord. On ne saurait

ity to discriminate between property owners and free-standing street vendors.

Second, the respondent and the intervener argued that there is implied authority for the discrimination in that the municipality was given a general power to regulate and that it can accordingly make reasonable classifications within that regulatory scheme. The decision of this Court in *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, *supra*, disposes of this argument. As Beetz J. wrote at p. 414:

Counsel for the City emphasized the amplitude of the City's general powers. . . . However, as can be seen on the face of these provisions, none of them expressly empowers the City to make distinctions based on age. It may well be that an authorization to make distinctions based on the age of children and adolescents would be useful to the City in exercising its general powers, and especially in exercising its power to adopt policing by-laws; but however useful or convenient such an authorization might be, I am not persuaded that it is so absolutely necessary to the exercise of those powers that it would have to be found in the enabling provisions, by necessary inference or implicit delegation.

I am not persuaded that, in the case at bar, to draw a distinction between free-standing street vendors and owners/occupants of abutting property was absolutely necessary to the exercise of the licensing power such that the power to draw such a distinction must be inferred from the enabling legislation (s. 90 of the *Municipality of Metropolitan Toronto Act*) by necessary inference or implicit delegation.

V. Disposition

For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the appellant's conviction and order that an acquittal be entered instead.

tout simplement déduire de la volonté de la législature de renforcer le pouvoir des municipalités de percevoir des droits pour l'utilisation des trottoirs, qu'elle conférerait ainsi le pouvoir implicite d'établir une distinction entre les propriétaires fonciers et les vendeurs ambulants indépendants.

Deuxièmement, l'intimée et l'intervenante ont soutenu que la municipalité a le pouvoir implicite d'établir une distinction étant donné qu'elle a reçu un pouvoir général de réglementer, et qu'elle peut donc établir des classifications raisonnables dans les limites de ce régime de réglementation. Dans *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, précité, notre Cour répond à cette prétention. Comme l'affirme le juge Beetz, à la p. 414:

Les procureurs de la Ville ont fait grand état de l'ampleur des pouvoirs généraux de la Ville [...] Mais, comme il apparaît à la face même de ces dispositions, aucune d'entre elles n'habilite explicitement la Ville à faire des distinctions fondées sur l'âge. On peut penser que l'autorisation de faire des distinctions fondées sur l'âge des enfants et des adolescents serait utile à la Ville dans l'exercice de ses pouvoirs généraux et particulièrement dans l'exercice de son pouvoir d'adopter des règlements de police. Mais si utile ou commode que puisse être une telle autorisation, je ne puis me convaincre qu'elle soit indispensable à l'exercice de ces pouvoirs de telle sorte que l'on doive la trouver dans ces dispositions habilitantes, par inférence nécessaire ou délégation implicite.

Je ne suis pas convaincu qu'en l'espèce l'établissement d'une distinction entre les vendeurs ambulants indépendants et les propriétaires-occupants d'un bien-fonds attenant était absolument nécessaire à l'exercice du pouvoir de délivrer un permis, au point de devoir inférer du texte législatif habilitant (l'art. 90 de la *Loi sur la municipalité de la communauté urbaine de Toronto*), par déduction nécessaire ou délégation implicite, le pouvoir d'établir une telle distinction.

V. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appelant et d'ordonner son remplacement par un verdict d'acquiescement.

Appeal allowed.

Pourvoi accueilli.

Solicitors for the appellant: Nakatsuru & Doucette, Toronto.

Procureurs de l'appelant: Nakatsuru & Doucette, Toronto.

Solicitor for the respondent: Dennis Y. Perlin, Toronto.

^a *Procureur de l'intimée: Dennis Y. Perlin, Toronto.*

Solicitor for the intervener: H. W. O. Doyle, Toronto.

^b *Procureur de l'intervenante: H. W. O. Doyle, Toronto.*



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 1993 Vol. 1

5^e cahier, 1993 Vol. 1

Cited as [1993] 1 S.C.R. 697-866

Renvoi [1993] 1 R.C.S. 697-866

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

CONTENTS

R. v. B. (F.F.) 697

Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Highly prejudicial evidence tending to show bad character likely to commit offence — Sexual and physical abuse of minor — Evidence by brothers of violence in home — Whether evidence inadmissible as being oath-helping evidence — Whether evidence inadmissible because irrelevant to any issue other than the appellant's character or because prejudicial value outweighed probative value — If admissible, whether jury should have been given special instructions about its permissible use.

Criminal law — Curative provision allowing for verdict to stand notwithstanding error of law — Charge to jury not indicating use to which evidence could be put — Evidence highly prejudicial and tending to show bad character likely to commit offence — Whether Criminal Code's curative provision should apply — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

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

SOMMAIRE

R. c. B. (F.F.) 697

Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Témoignages fort préjudiciables tendant à établir qu'une personne de mauvaise moralité est susceptible de commettre une infraction — Mineure agression sexuellement et physiquement — Témoignages des frères concernant la violence qui régnait au foyer — Ces témoignages étaient-ils inadmissibles pour le motif qu'ils constituaient une preuve justificative? — Ces témoignages étaient-ils inadmissibles pour le motif que cette preuve n'était pertinente qu'en ce qui concernait la moralité de l'appelant, ou que son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante? — Si cette preuve était admissible, le jury aurait-il dû recevoir des directives particulières quant à l'utilisation qu'il pouvait en faire?

Droit criminel — Disposition réparatrice permettant de maintenir le verdict malgré l'existence d'une erreur de droit — L'exposé du juge au jury ne précisait pas l'utilisation qui pou-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. B. (K.G.)..... 740

Criminal law — Evidence — Prior inconsistent statements — Admissibility — Witnesses' videotaped statements to police implicating accused as the murderer — Witnesses recanting statements at trial — Whether prior inconsistent statements admissible as evidence of the truth of their contents — Whether common law rule as to use of prior inconsistent statements should be changed — Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 9.

Courts — *Stare decisis* — Supreme Court of Canada — Prior inconsistent statements admissible only to impeach witness's credibility — Whether common law rule as to use of prior inconsistent statements should be changed — If so, whether change to be made by Parliament rather than the courts.

R. v. Thomas..... 835

Criminal law — Obstructing a police officer — Police officers going to accused's house to enforce noise by-law — Officers invited into house by accused's guests — Police not leaving house when requested to do so by accused — Accused's subsequent arrest for obstructing a police officer unlawful — Police having no right to remain in accused's house following revocation of invitation.

R. v. P. (V.L.)..... 837

Criminal law — Sexual assault — Defences — Duress — Appellant's common law spouse ordering her pre-teen son to have intercourse with her — Appellant making statement to police indicating that she touched her son's penis — Appellant also testifying that she was afraid of common law spouse — Appellant a co-perpetrator of, rather than a party to, assaults — Defence of duress not applicable because only relevant where accused liable as a party only.

Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7)..... 839

Constitutional law — Charter of Rights — Minority language educational rights — Educational facilities — Whether rights to minority language educational facilities include a right to distinct physical setting — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 23.

Constitutional law — Charter of Rights — Minority language educational rights — Right of "management and control" — Section 23 of Charter of Rights conferring upon minority language parents a right to manage and control minority language educational facilities — Whether Manitoba Public Schools Act meets s. 23's requirement — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 23 — The Public Schools Act, R.S.M. 1987, c. P250, s. 79(3), (4), (7).

Appeal — Mootness — Respondent alleging that issues raised in this appeal resolved to a large extent by a Supreme Court of Canada decision rendered shortly after Court of Appeal's judgment — Whether appeal to Supreme Court moot.

SOMMAIRE (Suite)

vaît être faite des témoignages — Témoignages fort préjudiciables tendant à établir qu'une personne de mauvaise moralité est susceptible de commettre une infraction — La disposition réparatrice du Code criminel devrait-elle s'appliquer? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1b)(iii).

R. c. B. (K.G.)..... 740

Droit criminel — Preuve — Déclarations antérieures incompatibles — Admissibilité — Déclarations de témoins aux policiers, enregistrées sur bande vidéo, désignant l'accusé comme le meurtrier — Rétractation des témoins au procès — Les déclarations antérieures incompatibles sont-elles admissibles comme preuve de la véracité de leur contenu? — La règle de common law relative à l'utilisation de déclarations antérieures incompatibles devrait-elle être modifiée? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 9.

Tribunaux — *Stare decisis* — Cour suprême du Canada — Déclarations antérieures incompatibles admissibles seulement pour attaquer la crédibilité du témoin — La règle de common law relative à l'utilisation de déclarations antérieures incompatibles devrait-elle être modifiée? — Dans l'affirmative, cette règle devrait-elle être modifiée par le législateur plutôt que par les tribunaux?

R. c. Thomas..... 835

Droit criminel — Entrave au travail d'un policier — Policiers appelés à la maison de l'accusée pour faire respecter un règlement sur le bruit — Policiers invités à entrer par les invités de l'accusée — Policiers refusant de quitter comme le demandait l'accusée — Arrestation subséquente de l'accusée pour entrave au travail d'un policier — Arrestation illégale — Les policiers n'avaient pas le droit de rester dans la maison après la révocation de l'invitation.

R. c. P. (V.L.)..... 837

Droit criminel — Agression sexuelle — Moyens de défense — Contrainte — Conjoint de fait de l'appelante ayant ordonné au fils pré-adolescent de cette dernière d'avoir des relations sexuelles avec elle — Appelante ayant déclaré à la police avoir touché le pénis de son fils — Appelante ayant aussi témoigné qu'elle avait peur du conjoint de fait — Appelante coauteur des agressions plutôt qu'ayant participé à celles-ci — Moyen de défense de contrainte ne s'appliquant que lorsque l'accusé est responsable en tant que partie seulement.

Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)..... 839

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'instruction dans la langue de la minorité — Établissements d'enseignement — Le droit à l'instruction dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique comprend-il le droit à des lieux physiques distincts? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 23.

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'instruction dans la langue de la minorité — Droit de «gestion et de contrôle» — L'article 23 de la Charte des droits confère aux parents appartenant à un groupe linguistique minoritaire un droit de gestion et de contrôle à l'égard des établissements d'enseignement de la minorité linguistique — La Loi sur les écoles publiques du Manitoba satisfait-elle à l'exigence de l'art. 23? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 23. — Loi sur les écoles publiques, L.R.M. 1987, ch. P250, art. 79(3), (4), (7).

Appel — Caractère théorique — L'intimé soutient que les points soulevés dans le pourvoi ont en grande partie été tranchés par un arrêt de la Cour suprême du Canada rendu peu après la décision de la Cour d'appel — Le pourvoi devant la Cour suprême revêt-il un caractère théorique?

F.F.B. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. B. (F.F.)

File No.: 22811.

1992: October 5; 1993: February 25.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Highly prejudicial evidence tending to show bad character likely to commit offence — Sexual and physical abuse of minor — Evidence by brothers of violence in home — Whether evidence inadmissible as being oath-helping evidence — Whether evidence inadmissible because irrelevant to any issue other than the appellant's character or because prejudicial value outweighed probative value — If admissible, whether jury should have been given special instructions about its permissible use.

Criminal law — Curative provision allowing for verdict to stand notwithstanding error of law — Charge to jury not indicating use to which evidence could be put — Evidence highly prejudicial and tending to show bad character likely to commit offence — Whether Criminal Code's curative provision should apply — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Appellant was alleged to have sexually assaulted his niece from when she was six to eight years old through to age sixteen. The complainant had been in his care as a child during the fifties and sixties and only left her parents' household in 1964 after being discovered in the act of intercourse with her. The alleged assaults were

F.F.B. Appellant

c.

^a **Sa Majesté la Reine Intimée**

RÉPERTORIÉ: R. c. B. (F.F.)

^b N° du greffe: 22811.

1992: 5 octobre; 1993: 25 février.

^c Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Témoignages fort préjudiciables tendant à établir qu'une personne de mauvaise moralité est susceptible de commettre une infraction — Mineure agressée sexuellement et physiquement — Témoignages des frères concernant la violence qui régnait au foyer — Ces témoignages étaient-ils inadmissibles pour le motif qu'ils constituaient une preuve justificative? — Ces témoignages étaient-ils inadmissibles pour le motif que cette preuve n'était pertinente qu'en ce qui concernait la moralité de l'appelant, ou que son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante? — Si cette preuve était admissible, le jury aurait-il dû recevoir des directives particulières quant à l'utilisation qu'il pouvait en faire?

Droit criminel — Disposition réparatrice permettant de maintenir le verdict malgré l'existence d'une erreur de droit — L'exposé du juge au jury ne précisait pas l'utilisation qui pouvait être faite des témoignages — Témoignages fort préjudiciables tendant à établir qu'une personne de mauvaise moralité est susceptible de commettre une infraction — La disposition réparatrice du Code criminel devrait-elle s'appliquer? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

ⁱ L'appelant aurait commencé à agresser sexuellement sa nièce vers l'âge de six à huit ans et aurait continué de le faire jusqu'à ce qu'elle ait seize ans. Pendant les années cinquante et soixante, la plaignante avait été confiée aux soins de l'appelant qui n'a quitté la maison de ses parents qu'en 1964 après avoir été surpris en train d'avoir des rapports sexuels avec elle. Les prétendues agressions ont été rapportées à la police en 1990 et l'ap-

reported to the police in 1990 and appellant was charged with rape, assault and procuring an abortion.

During the course of the trial, the judge decided on a *voir dire* not to admit the evidence of the complainant's sister that she too had been sexually assaulted by the appellant, on the ground that it fell within the similar fact evidence rule and its prejudicial effect was not outweighed by its probative value. However, testimony of the complainant's brothers and sisters was admitted with respect to the violent control that the appellant exerted within the household. Appellant was convicted of rape and assault and was unsuccessful in his appeal to the Nova Scotia Court of Appeal. He had sought to have declared inadmissible those parts of her brothers' testimony relating to assaults by the appellant on the complainant's siblings. Given a dissenting opinion, an appeal as of right arose on this point.

At issue here was: (1) whether the evidence of the brothers was inadmissible on the ground that it was oath-helping evidence; (2) whether this evidence was inadmissible because it was irrelevant to any issue other than the appellant's character or that its prejudicial value outweighed its probative value; (3) if the evidence was admissible, whether the trial judge should have given the jury special instructions about the use they could make of this testimony; and finally, (4) whether the appeal should be dismissed under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* on the ground that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred.

Held (L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Sopinka and Iacobucci JJ.: The question of whether or not the evidence was inadmissible on the ground of being oath-helping evidence was not discussed by the Court of Appeal and therefore was not a "question of law on which a judge of the court of appeal dissent[ed]." Consequently, the appellant could not raise this as an issue before this Court.

The rule against oath-helping prohibits a party from presenting evidence solely for the purpose of bolstering a witness' credibility before that witness' credibility is attacked. This type of evidence tends to prove the truthfulness of the witness, rather than the truth of the witness' statements. The testimony at issue made no reference to the truthfulness or good character of the complainant, or of themselves. Their evidence was

pelant a été accusé de viol, d'agression et d'avoir procuré un avortement.

Au cours du procès, le juge a décidé, après un *voir-dire*, de ne pas admettre le témoignage de la sœur de la plaignante voulant qu'elle aussi ait été agressée sexuellement par l'appelant, pour le motif qu'il tombait sous le coup de la règle de preuve de faits similaires et que sa valeur probante ne l'emportait pas sur son effet préjudiciable. Toutefois, le témoignage des frères et sœurs de la plaignante a été admis en ce qui a trait à la domination violente qu'exerçait l'appelant au sein du foyer. L'appelant a été déclaré coupable de viol et d'agression et a été débouté de son appel devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse. L'appelant voulait que soient déclarées inadmissibles les parties de ces témoignages des frères de la plaignante relatives aux agressions qu'il aurait commises contre les frères et sœurs de la plaignante. En raison d'une opinion dissidente, il y a eu pourvoi de plein droit sur ce point.

Les questions en litige sont les suivantes dans ce pourvoi: (1) les témoignages des frères étaient-ils inadmissibles pour le motif qu'il s'agissait d'une preuve justificative? (2) Ces témoignages étaient-ils inadmissibles pour le motif que cette preuve n'était pertinente qu'en ce qui concernait la moralité de l'appelant, ou que son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante? (3) Si la preuve était admissible, le juge du procès aurait-il dû donner au jury des directives particulières quant à l'utilisation qu'il pouvait faire de ces témoignages? Et enfin, (4) le pourvoi devrait-il être rejeté en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, pour le motif qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne se sont produits?

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Sopinka et Iacobucci: La question de savoir si ces témoignages étaient inadmissibles parce qu'ils constituaient une preuve justificative n'a pas été examinée par la Cour d'appel et n'était donc pas une «question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel [était] dissident». En conséquence, l'appelant ne pouvait soulever ce point devant notre Cour.

La règle interdisant les témoignages justificatifs vise à empêcher une partie de produire une preuve destinée uniquement à renforcer la crédibilité d'un témoin avant que celle-ci ne soit attaquée. Ce type de preuve tend à établir la franchise du témoin plutôt que la véracité de ses déclarations. Il n'était pas question, dans les témoignages des frères, de leur propre franchise ou bonne moralité, ni de celles de la plaignante. Leurs témoi-

rather corroborative of an issue in the trial that was raised in the complainant's testimony—the system of violent domination that the appellant used to control the members of the household. While the impugned testimony shored up the complainant's credibility by implication, it was not called solely or even primarily for that purpose. It was not, therefore, oath-helping evidence.

Evidence which tends to show bad character or a criminal disposition on the part of the accused is admissible if (1) relevant to some other issue beyond disposition or character, and (2) the probative value outweighs the prejudicial effect. The impugned evidence tended to show that the appellant is a person of bad character, with a propensity for violence. It was, however, not tendered solely to show that the appellant was the sort of person likely to commit the offences charged. Rather, it was to rebut the defence of innocent association and demonstrate the system of violent control that the appellant exercised over the family. This would explain why the abuse was allowed to occur and why the complainant was too frightened to press charges until much later. It also countered the suggestion that the complainant's mother was responsible for her physical injuries.

Where the evidence sought to be adduced by the prosecution concerns a morally repugnant act committed by the accused, the potential prejudice is great and the probative value must be high to permit its reception. The evidence was clearly probative and its probative value outweighed any prejudicial effect.

Trial judges must properly instruct juries as to the use that they can make of evidence which is highly prejudicial to an accused in relation to the accused's character. Here, the trial judge did not charge the jury with respect to the use they could make of this testimony. The judge was required to explain clearly in the instructions to the jurors that they must not infer from the evidence that tended to show the appellant's bad character that the appellant was guilty because he is the sort of person who is likely to commit the offences in question. The prejudicial effect of the impugned testimony was high enough that lack of proper instruction may have resulted in unfair guilty verdicts. The trial judge's caution to the jury that they could not use a conviction on one count before them as evidence of propensity to commit the other counts and that they could only make limited use

gnages corroboraient plutôt une question que la plaignante avait soulevée dans son témoignage au procès, savoir le régime de domination violente auquel l'appellant recourait pour contrôler les membres de la famille.

a Bien que les témoignages attaqués aient implicitement renforcé la crédibilité de la plaignante, ce n'est pas uniquement ni même essentiellement dans ce but que cette preuve a été présentée. Il ne s'agissait donc pas de témoignages justificatifs.

b La preuve qui tend à démontrer la mauvaise moralité de l'accusé ou l'existence chez lui d'une propension criminelle est admissible (1) si elle a rapport à une autre question litigieuse que la propension ou la moralité, et (2) si sa valeur probante l'emporte sur son effet préjudiciable. Les témoignages attaqués tendaient à établir la mauvaise moralité et la propension à la violence de l'appellant. Toutefois, cette preuve n'a pas été présentée seulement pour montrer que l'appellant était le genre de personne susceptible de commettre les infractions reprochées. Elle visait plutôt à repousser le moyen de défense fondé sur les rapports innocents et à démontrer l'existence du régime de domination violente que l'appellant exerçait sur la famille. Cela expliquerait pourquoi les agressions ont pu se produire et pourquoi la plaignante était effrayée au point de ne porter des accusations que beaucoup plus tard. Elle a aussi réfuté la prétention que la mère de la plaignante était responsable des lésions corporelles que cette dernière avait subies.

f Lorsque la preuve que la poursuite veut présenter est la preuve d'un acte moralement répugnant commis par l'accusé, le préjudice qui peut en résulter est grave et la valeur probante de la preuve doit être grande pour permettre sa réception. La preuve était manifestement probante et sa valeur probante l'emportait sur tout effet préjudiciable.

g Il incombe au juge du procès de donner aux jurés des directives appropriées quant à l'utilisation qu'ils peuvent faire de la preuve qui est fortement préjudiciable à l'accusé sur le plan de sa moralité. En l'espèce, le juge du procès n'a pas donné de directives au jury en ce qui concerne l'utilisation qu'il pouvait faire des témoignages en cause. Le juge était tenu, dans ses directives, d'expliquer clairement aux jurés qu'ils ne devaient pas déduire de la preuve qui tendait à démontrer la mauvaise moralité de l'appellant que celui-ci était coupable parce qu'il est le genre de personne susceptible de commettre les infractions en cause. L'effet préjudiciable des témoignages attaqués était suffisamment grand pour que l'absence de directives appropriées ait pu entraîner des verdicts de culpabilité injustes. Le fait que le juge du procès ait prévenu les jurés qu'ils ne pouvaient pas se

of the evidence of the appellant's prior convictions did not cure the charge of its faults. Finally, no connection exists between the degree of relevancy of the evidence and the need for instructions as to the use that could be made of the testimony since highly relevant evidence could still be extremely prejudicial to the accused and be misused by the jury in reaching their verdict.

Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should not have been invoked here. The evidence was not so overwhelming that the jury would have inevitably convicted the appellant if the judge had properly instructed them as to the use they could make of that testimony. Credibility was a large issue at trial, and it is impossible to know what was in the minds of the jurors and how they were affected by the unrestricted admission of the evidence in question. The assessment of whether to apply the curative provision is complicated by the fact that there were multiple charges which involved included offences, with the result that a properly instructed jury might have convicted but not on all the charges or for different offences.

Per Lamer C.J. and Sopinka J.: The appeal should be allowed and a new trial ordered for the reasons given by Iacobucci J. The evidence of complainant's brothers was admissible but the absence of instruction from the trial judge as to the limited purpose for which the evidence could be used required a new trial. This was not a case for the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. In order to decide that, notwithstanding the judgment of the trial court could be set aside on the basis of a wrong decision on a question of law, there was no substantial wrong or miscarriage of justice, the appellate court must be satisfied by the Crown that the verdict at trial would necessarily have been the same if the error had not been committed.

In deciding whether s. 686(1)(b)(iii) should be applied, it must be asked if the guilty verdict, had the jury been properly instructed, would necessarily have been the same in the sense that any other verdict would

servir d'une déclaration de culpabilité relative à un chef d'accusation dont ils étaient saisis, comme preuve de la propension à commettre les infractions reprochées dans les autres chefs, et qu'ils ne pouvaient faire qu'un usage limité de la preuve des déclarations de culpabilité antérieures de l'appelant, n'a pas remédié aux lacunes de l'exposé. Enfin, il n'y a aucun lien entre le degré de pertinence de la preuve et la nécessité de donner des directives quant à l'utilisation qui pouvait être faite des témoignages, étant donné qu'une preuve fortement pertinente pouvait néanmoins être extrêmement préjudiciable à l'accusé et que les jurés pouvaient en faire une mauvaise utilisation en prononçant leur verdict.

Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* n'aurait pas dû être invoqué en l'espèce. La preuve n'était pas à ce point accablante que le jury aurait forcément déclaré l'appelant coupable si le juge lui avait donné des directives appropriées quant à l'utilisation qu'il pouvait faire de ces témoignages. La crédibilité était une question importante au procès et il est impossible de savoir ce que les jurés avaient à l'esprit et comment ils ont été influencés par l'admission sans réserve de la preuve en question. La tâche de déterminer s'il y a lieu d'appliquer la disposition réparatrice est compliquée par le fait que plusieurs accusations comportaient des infractions incluses, de sorte qu'un jury ayant reçu des directives appropriées aurait pu rendre un verdict de culpabilité, mais non relativement à toutes les accusations ni quant à d'autres infractions.

Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka: Il y a lieu d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès pour les motifs exposés par le juge Iacobucci. Les témoignages des frères de la plaignante étaient admissibles, mais un nouveau procès doit être tenu en raison de l'absence de directives de la part du juge de première instance quant à l'objet limité auquel pouvaient servir ces témoignages. Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* n'est pas applicable en l'espèce. Pour que la cour d'appel décide qu'il ne s'est produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave, malgré le fait que le jugement de première instance pourrait être infirmé pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit, il est clair, d'après la loi, que le ministère public doit avoir établi à la satisfaction de la cour que le verdict rendu en première instance aurait nécessairement été le même si l'erreur n'avait pas été commise.

Pour déterminer s'il y a lieu d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii), il faut se demander si un jury ayant reçu des directives appropriées aurait nécessairement rendu le même verdict de culpabilité en ce sens que tout

have been unreasonable or not supported by the evidence. This exercise must be conducted with respect for the jury's function. It is generally undesirable to speculate as to the basis upon which a jury might or might not have accepted certain evidence and rejected other evidence.

The absence of the appropriate direction concerning the evidence of complainant's brothers cannot be safely assumed to have had no material effect on the deliberations of the jury. There was no instruction, as required by law, that this evidence not be relied upon as proof that the accused is the sort of person who would commit the offence charged and on that basis infer that the accused is in fact guilty. Indeed, there was an invitation to do exactly what the jury ought to have been clearly told not to do. Three possible effects of such evidence upon the jury are: (1) the jury may convict based on propensity; (2) the jury might convict to punish for past acts; and (3) the jury might become confused and substitute a verdict with respect to the past acts for a verdict on the charges in issue. The jury's verdict would not necessarily have been the same had the trial been conducted in accordance with the law.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The impugned evidence was relevant and, as its probative value outweighed its prejudicial effect, was properly admissible. The failure of a trial judge to instruct a jury adequately concerning the use that can be made of evidence which tends to show bad character may constitute an error of law. The charge should be considered in its entirety and be examined in the light of what was effectively conveyed to the jurors. In this case, the jury was adequately instructed concerning the applicable principles.

A court is entitled to consider the strategy of the parties in determining whether or not there was an error in the instructions to the jury. Here, defence counsel made an active tactical decision not to object to the evidence of one brother, or the instructions, but deliberately used the evidence in a strategy designed to illustrate that the allegations were so heinous as to be improbable.

Under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, a court must ask whether a properly instructed and reasonably acting jury would have necessarily arrived at the same conclusion, and may affirm the conviction given an affirmative answer. In determining whether there has

autre verdict aurait été déraisonnable ou n'aurait pu s'appuyer sur la preuve. Cela doit se faire en toute déférence pour la fonction de jury. Il n'est généralement pas souhaitable de conjecturer sur les motifs qui auraient pu inciter un jury à accepter certains éléments de preuve et à en rejeter d'autres.

On ne saurait supposer sans risque d'erreur que l'absence de directives appropriées concernant les témoignages des frères de la plaignante n'a eu aucune incidence importante sur les délibérations du jury. On n'a pas dit au jury, comme le droit l'exige, qu'il ne devait pas considérer que cette preuve établissait que l'accusé est le genre de personne qui commettrait l'infraction reprochée, et en déduire que l'accusé est effectivement coupable de cette infraction. En fait, on a invité le jury à faire exactement ce qu'on aurait dû lui dire clairement de ne pas faire. Cette preuve peut avoir trois effets sur le jury: (1) le jury peut rendre un verdict de culpabilité fondé sur la propension, (2) le jury pourrait rendre un verdict de culpabilité afin de punir pour des actes antérieurs, et (3) le jury pourrait s'embrouiller et substituer un verdict sur les actes antérieurs à un verdict sur les accusations en cause. Le verdict du jury n'aurait pas nécessairement été le même si le procès s'était déroulé conformément au droit applicable.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La preuve contestée était pertinente et, comme sa valeur probante l'emportait sur son effet préjudiciable, elle était proprement admissible. L'omission, de la part du juge du procès, de donner aux jurés des directives appropriées sur l'utilisation qui peut être faite de la preuve qui tend à établir la mauvaise moralité, peut constituer une erreur de droit. L'exposé du juge doit être considéré dans son ensemble et ses propos examinés dans le contexte du message effectivement transmis aux jurés. En l'espèce, le jury a reçu des directives appropriées au sujet des principes applicables.

La cour a le droit de prendre en considération la stratégie des parties pour décider si les directives au jury comportaient une erreur. Ici, l'avocat de la défense a choisi, comme tactique, de ne pas s'opposer au témoignage de l'un des frères ni aux directives données, mais il s'en est servi délibérément dans le cadre d'une stratégie destinée à montrer que les allégations qu'il contenait étaient odieuses au point d'être invraisemblables.

Aux termes du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, la cour doit se demander si un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de façon raisonnable serait nécessairement arrivé à la même conclusion, et dans l'affirmative, elle peut confirmer la déclaration de

been a miscarriage of justice, a court must examine the case in its totality. Here, the evidence was overwhelming, and no jury, properly instructed and acting reasonably, could possibly have acquitted the accused. The result of a re-trial would necessarily be the same and the accused cannot be said to have been deprived of his right to a fair trial. This Court can appropriately apply the curative provisions of the *Code*.

Per Gonthier J. (dissenting): The evidence was admissible for the reasons stated by Iacobucci and L'Heureux-Dubé JJ. The reasons of L'Heureux-Dubé J. with respect to the adequacy of the charge and the application of the *Code's* curative provisions were agreed with. The trial judge's instructions were adequate, having regard to the circumstances of this case, including the defence counsel's full use of the evidence in support of the defence that the allegations were so heinous that it was improbable that they would have occurred or not have been reported. Further, the evidence supporting the guilt of the accused was overwhelming and s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should be applied to remedy any defect.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Referred to: *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103; *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595.

By Lamer C.J.

Referred to: *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Vézéau v. The Queen, [1977] 2 S.C.R. 277; *Young v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 39; *R. v. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Guenot, Kocsis and Lukacs* (1979), 51 C.C.C. (2d) 315; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233; *Mahoney v. The*

culpabilité. Pour décider s'il y a eu déni de justice, la cour doit examiner l'affaire dans son ensemble. La preuve était accablante en l'espèce et il n'y avait pas la moindre possibilité qu'un jury, ayant reçu les directives appropriées et agissant de façon raisonnable, acquitte l'accusé. Le résultat d'un nouveau procès serait nécessairement le même et on ne saurait prétendre que l'accusé a été privé de son droit à un procès équitable. Il est approprié que notre Cour applique les dispositions réparatrices du *Code*.

Le juge Gonthier (dissident): Les témoignages étaient admissibles pour les raisons données par les juges Iacobucci et L'Heureux-Dubé. Les motifs du juge L'Heureux-Dubé concernant le caractère suffisant de l'exposé du juge et l'application des dispositions réparatrices du *Code* sont acceptés. Le juge du procès a donné des directives suffisantes eu égard aux circonstances de l'affaire, y compris le fait que l'avocat de la défense s'est servi pleinement de ces témoignages pour appuyer le moyen de défense selon lequel les actes reprochés étaient à ce point odieux qu'il était peu probable qu'ils eussent été commis ou qu'ils n'eussent pas été signalés. De plus, la preuve de la culpabilité de l'accusé est accablante et il y a lieu d'appliquer, pour remédier à tout défaut, le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés: *R. c. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103; *R. c. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111.

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

Vézéau c. La Reine, [1977] 2 R.C.S. 277; *Young c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 39; *R. c. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Guenot, Kocsis and Lukacs* (1979), 51 C.C.C. (2d) 315; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233; *Mahoney c. La Reine*,

Queen, [1982] 1 S.C.R. 834; *R. v. Nygaard*, [1989] 2 S.C.R. 1074.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 237(1), 686(1)(a)(i), (b)(iii), 691(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1991), 69 C.C.C. (3d) 193, 107 N.S.R. (2d) 231, 11 C.R. (4th) 56, dismissing an appeal from conviction by Nathanson J. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting.

Craig M. Garson, for the appellant.

Robert C. Hagell and *Robert Lutes*, for the respondent.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka J. were delivered by

~~LAMER C.J.—I agree that this appeal must be allowed and a new trial ordered for the reasons given by Justice Iacobucci. I agree that the evidence of L.L. and T.B. was admissible but that the absence of instruction from the trial judge as to the limited purpose for which the evidence could be used requires a new trial.~~

The key issue, in my view, is whether this is a case for the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. In my respectful opinion, this is not a case for the application of s. 686(1)(b)(iii) for reasons which I will briefly develop.

The principles relating to s. 686(1)(b)(iii) have been clearly articulated by a series of decisions of this Court. The section reads as follows:

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

[1982] 1 R.C.S. 834; *R. c. Nygaard*, [1989] 2 R.C.S. 1074.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 237(1), 686(1)a(i), b(iii), 691(1)a.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1991), 69 C.C.C. (3d) 193, 107 N.S.R. (2d) 231, 11 C.R. (4th) 56, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Nathanson. Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents.

Craig M. Garson, pour l'appellant.

Robert C. Hagell et *Robert Lutes*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Sopinka rendus par

~~LE JUGE EN CHEF LAMER—Je conviens que le présent pourvoi doit être accueilli et qu'un nouveau procès doit être ordonné pour les motifs exposés par le juge Iacobucci. Je conviens que les témoignages de L.L. et de T.B. étaient admissibles, mais aussi qu'un nouveau procès doit être tenu en raison de l'absence de directives de la part du juge de première instance quant à l'objet limité auquel pouvaient servir ces témoignages.~~

La question clé est, à mon avis, de savoir si le sous-al. 686(1)b(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, est applicable en l'espèce. En toute déférence, je ne crois pas, pour les motifs que je vais exposer brièvement, qu'il s'agit d'un cas qui se prête à l'application du sous-al. 686(1)b(iii).

Les principes relatifs au sous-al. 686(1)b(iii) ont été clairement formulés dans une série d'arrêts de notre Cour. Cette disposition prévoit:

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

(b) may dismiss the appeal where

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

The law is clear that in order to decide that, notwithstanding the judgment of the trial court could be set aside on the basis of a wrong decision on a question of law, there was no substantial wrong or miscarriage of justice, the appellate court must be satisfied by the Crown that the verdict at trial would necessarily have been the same if the error had not been committed (see, e.g. *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, at p. 744, cited with approval by Lamer J. (as he then was) for the Court in *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at p. 328).

As Cartwright J. noted in *Colpitts*, the discharge of this burden by the Crown is a condition precedent to the right of the appellate court to apply the terms of the subsection, but the court is not bound to apply the subsection merely because this onus is discharged. Moreover, as he further pointed out, there is a danger that if appellate courts resort too readily to the proviso, "the judges would in truth be substituted for the jury, the verdict would become theirs and theirs alone, and would be arrived at upon a perusal of the evidence without any opportunity of seeing the demeanour of the witnesses and weighing the evidence with the assistance which this affords" (see Cartwright J. in *Colpitts, supra*, at p. 744).

Unless used with great circumspection, the provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* would effectively deprive accused persons of the right to

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

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

Pour que la cour d'appel décide qu'il ne s'est produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave, malgré le fait que le jugement de première instance pourrait être infirmé pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit, il est clair, d'après la loi, que le ministère public doit avoir établi à la satisfaction de la cour que le verdict rendu en première instance aurait nécessairement été le même si l'erreur n'avait pas été commise (voir, par exemple, l'arrêt *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, à la p. 744, cité avec approbation par le juge Lamer (maintenant Juge en chef), au nom de notre Cour dans l'arrêt *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, à la p. 328).

Comme le juge Cartwright l'a fait remarquer dans l'arrêt *Colpitts*, l'acquiescement de cette obligation par le ministère public est une condition préalable au droit de la cour d'appel d'appliquer les dispositions de l'alinéa, mais la cour n'est pas tenue de l'appliquer simplement parce qu'on s'est acquitté de cette obligation. De plus, comme l'a également souligné le juge Cartwright, si la cour d'appel recourt trop facilement à cette disposition, il y a un risque que [TRADUCTION] «en réalité, les juges remplace[nt] le jury, [que] le verdict devien[ne] leur verdict et leur verdict uniquement, et [qu']il découle[. . .] d'une lecture attentive de la preuve qu'ils aur[ont] faite sans avoir eu l'occasion de voir le comportement des témoins et d'évaluer la preuve avec l'avantage qui en découle» (voir le juge Cartwright, dans *Colpitts*, précité, à la p. 744).

À moins d'être appliquées avec une grande circonspection, les dispositions du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* priveraient effectivement

have their guilt or innocence determined by a properly instructed jury of their peers.

In applying s. 686(1)(b)(iii), it is useful to consider it in combination with s. 686(1)(a)(i), which permits the appellate court to allow the appeal “where it is of opinion that . . . the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence”. The relationship between these two provisions was outlined by McIntyre J. for the Court in *R. v. Yebe*s, [1987] 2 S.C.R. 168. In the course of his reasons, on behalf of the Court, McIntyre J. referred to *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834, citing with approval a statement from my judgment therein to the effect that before an appellate court can rely on what is now s. 686(1)(b)(iii), the Court must “first make a finding that no jury properly charged could reasonably acquit” (see McIntyre J. in *R. v. Yebe*s, at p. 182, and Lamer J. (as he then was) in *Mahoney v. The Queen*, at pp. 857-58). More recently this Court in *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, Sopinka J. said at p. 916:

On the other hand, if the Court of Appeal finds an error of law with the result that the accused has not had a trial in which the legal rules have been observed, then the accused is entitled to an acquittal or a new trial in accordance with the law. The latter result will obtain if there is legally admissible evidence on which a conviction could reasonably be based. The court cannot substitute its opinion for that of the trial court that the evidence proves guilt beyond a reasonable doubt because the accused is entitled to that decision from a trial judge or jury who have all the advantages that have been so often conceded to belong to the trier of fact. If the Court of Appeal were to make that decision the accused would be deprived of a trial to which he or she is entitled, first, by reason of the abortive initial trial and second by the Court of Appeal. There is, however, an exception to this rule in a case in which the evidence is so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict. In such circumstances, depriving the accused of a proper trial is justified on the ground that the deprivation is minimal when the invariable result would be another conviction. These limitations on the powers of the Court of Appeal are the result of the combined effect of s. 686(1)(a)(ii),

un accusé du droit à ce qu’un jury formé de ses pairs et ayant reçu des directives appropriées détermine son innocence ou sa culpabilité.

^a Dans l’application du sous-al. 686(1)(b)(iii), il est utile de l’examiner conjointement avec le sous-al. 686(1)(a)(i) qui permet à la cour d’appel d’admettre l’appel «si elle est d’avis [. . .] que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu’il est déraisonnable ou ne peut pas s’appuyer sur la preuve». ^b Le juge McIntyre de notre Cour a souligné le lien entre ces deux dispositions, dans l’arrêt *R. c. Yebe*s, [1987] 2 R.C.S. 168. Dans les motifs qu’il a rédigés au nom de la Cour, le juge McIntyre mentionne l’arrêt *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834, et cite en l’approuvant un extrait de mes motifs dans cette affaire, où j’affirme que, ^c pour pouvoir invoquer ce qui constitue maintenant ^d le sous-al. 686(1)(b)(iii), la cour doit conclure «d’abord qu’un jury ayant reçu des directives appropriées n’aurait pu raisonnablement prononcer l’acquiescement» (voir le juge McIntyre, dans *R. c. Yebe*s, à la p. 182, et le juge Lamer (maintenant ^e Juge en chef) dans *Mahoney c. La Reine*, aux pp. 857 et 858). Plus récemment, dans l’arrêt de notre Cour *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, le juge Sopinka a affirmé, à la p. 916:

^f Par ailleurs, si la cour d’appel conclut qu’il y a eu erreur de droit faisant en sorte que l’accusé n’a pas subi un procès conforme aux règles de droit, alors l’accusé a droit à un acquiescement ou à un nouveau procès conformément à la loi. Ce dernier résultat se produira s’il ^g existe des éléments de preuve légalement admissibles qui pourraient raisonnablement justifier une déclaration de culpabilité. La cour ne peut pas substituer son avis à celui du tribunal de première instance que la preuve établit la culpabilité de l’accusé hors de tout doute raisonnable, parce que l’accusé a droit à ce que cette décision soit rendue par un juge du procès ou un jury qui a tous les avantages qu’on a si souvent reconnus au juge des faits. Si la cour d’appel prenait cette décision, l’accusé serait privé d’un procès auquel il a droit, d’abord à ⁱ cause du premier procès irrégulier qu’il a subi, et ensuite en raison de la cour d’appel. Il existe cependant une exception à cette règle lorsque la preuve est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité. Dans ce cas, il est justifié de priver l’accusé ^j d’un procès régulier puisque cette privation est minime lorsque le résultat serait forcément une autre déclaration de culpabilité. Ces limites imposées aux pouvoirs de la

(b)(ii) and (iii) and s. 686(2). By virtue of s. 686(1)(b)(ii) the Court of Appeal cannot dismiss the appeal if it has found an error of law unless the curative provision embodied in s. 686(1)(b)(iii) applies. If the appeal is not dismissed it must be allowed, and pursuant to the provisions of s. 686(2) either an acquittal or a new trial must be ordered.

I therefore approach the question of whether this is a case in which the proviso of s. 686(1)(b)(iii) should be applied by asking whether, if the jury had been properly instructed, the verdict of guilty would necessarily have been the same in the sense that any other verdict would have been unreasonable or not supported by the evidence. This exercise must be conducted with respect for the function of the jury, whose role it is to determine what evidence of which witnesses they accept, the weight it should be accorded and, in the final analysis, whether there exists a reasonable doubt about the guilt of the accused.

In approaching the question in this case, it is essential to bear in mind that, in the final analysis, the case turned on questions of credibility. Depending on what evidence was accepted, there certainly could have been ample evidence upon which a jury properly instructed could convict on the charges upon which this jury convicted the accused. However, verdicts of acquittal on all counts on the trial record as it stands would, in my respectful view, not be susceptible to be set aside as being unreasonable.

It is generally undesirable to speculate as to the basis upon which a jury might or might not have accepted certain evidence and rejected other evidence. This is all the more true when there is to be a new trial. Without in any way suggesting that a jury failed, or in fact should have failed, to accept any or all of the Crown evidence in this case, their decision to do so would not have been unreasonable in the circumstances of this case. The allegations were very old because there had been a long delay in bringing the allegations to the attention of

cour d'appel découlent de l'effet conjugué des sous-al. 686(1)a(ii), b(ii) et (iii) et du par. 686(2). En vertu du sous-al. 686(1)b(ii), la cour d'appel ne saurait rejeter l'appel si elle conclut qu'il y a eu erreur de droit, sauf si la disposition réparatrice contenue au sous-al. 686(1)b(iii) s'applique. Si l'appel n'est pas rejeté, il doit être accueilli et, conformément au par. 686(2), il faut ordonner soit un acquittement soit un nouveau procès.

Pour déterminer s'il y a lieu en l'espèce d'appliquer le sous-al. 686(1)b(iii), il faut donc se demander si un jury ayant reçu des directives appropriées aurait nécessairement rendu le même verdict de culpabilité en ce sens que tout autre verdict aurait été déraisonnable ou n'aurait pu s'appuyer sur la preuve. Cela doit se faire en toute déférence pour la fonction de jury qui consiste à déterminer quelles dépositions de quels témoins il accepte, quel poids il y a lieu de leur accorder et, en définitive, s'il existe un doute raisonnable au sujet de la culpabilité de l'accusé.

En abordant cette question ici, il est essentiel de se rappeler que l'affaire reposait en définitive sur des questions de crédibilité. Tout dépendant des éléments de preuve qui ont été acceptés, il aurait certainement pu exister une preuve suffisante pour qu'un jury, ayant reçu les directives appropriées, prononce un verdict de culpabilité relativement aux accusations au sujet desquelles le présent jury a déclaré l'accusé coupable. Toutefois, des verdicts d'acquittement relatifs à tous les chefs d'accusation figurant dans le dossier d'instruction ne seraient pas, à mon avis, susceptibles d'être annulés pour le motif qu'il sont déraisonnables.

Il n'est généralement pas souhaitable de conjecturer sur les motifs qui auraient pu inciter un jury à accepter certains éléments de preuve et à en rejeter d'autres. Cela est d'autant plus vrai dans le cas où il doit y avoir un nouveau procès. Sans laisser entendre le moindrement qu'un jury a omis, ou aurait dû omettre, d'accepter la totalité ou une partie de la preuve de la poursuite en l'espèce, sa décision de le faire n'aurait pas été déraisonnable dans les circonstances de la présente affaire. Les allégations ne dataient pas d'hier puisqu'il s'était

the police. The accused testified in answer to the charges and denied everything. The deliberations of the jury were not short. The jury retired just after 12:00 noon, and returned just after 5:00 p.m. that afternoon with a request to re-hear certain parts of the evidence. A verdict was not returned until 10:40 a.m. the following morning. The jury acquitted on the charge of procuring a miscarriage, although there was evidence from the complainant relating to that charge. None of these considerations, of course, is in any way conclusive, but they underline the dangers inherent in speculating as to what may have been in the jury's mind as it reached its verdicts. Everything depends on what evidence was accepted and what evidence was not accepted in the face of a sworn denial of all charges from the accused in the witness box.

I then turn to the question of whether the absence of the appropriate direction concerning the evidence of T.B. and L.L. can be safely assumed to have had no material effect on the deliberations of the jury. With respect to those of a contrary view, I am quite unable to reach any such conclusion in all of the circumstances of this case. As Iacobucci J. properly says, the evidence of L.L. and T.B. tends to show that the appellant is a person of bad character with a propensity for violence. I agree with Iacobucci and L'Heureux-Dubé JJ. that, notwithstanding this possible prejudicial effect, the evidence in the circumstances of this case was nonetheless admissible because it was relevant to several serious issues in the case such as the defence of innocent association, the system of violent control that the appellant exercised over the family, and the suggestion that Mrs. L. was responsible for the complainant's physical injuries. However, the potential of the prejudicial effect of this evidence cannot be ignored.

There was no instruction, as in my opinion the law requires, that this evidence not be relied upon

écoulé beaucoup de temps avant qu'elles ne soient portées à l'attention de la police. L'accusé a témoigné pour répondre aux accusations et a tout nié. Les délibérations du jury n'ont pas été de courte durée. Il s'est retiré peu après midi et est retourné peu après 17 h pour demander à réentendre certaines parties des témoignages. Le verdict n'a été déposé qu'à 10 h 40 le lendemain matin. Le jury a rendu un verdict d'acquiescement concernant l'accusation d'avoir procuré un avortement, malgré la preuve présentée par l'appelante sur ce point. Il va sans dire qu'aucune de ces considérations n'est de quelque façon concluante, mais elles font ressortir les risques que comporte le fait de conjecturer sur ce que les jurés peuvent avoir eu à l'esprit en rendant leurs verdicts. Tout dépend des éléments de preuve qui ont été retenus ou écartés, face à une dénégation sous serment que l'accusé a faite à la barre des témoins relativement à toutes les accusations portées contre lui.

J'examine maintenant si l'on peut supposer sans risque d'erreur que l'absence de directives appropriées concernant les témoignages de T.B. et de L.L. n'a eu aucune incidence importante sur les délibérations du jury. En toute déférence pour les tenants de l'opinion contraire, je suis tout à fait incapable d'arriver à une telle conclusion compte tenu de toutes les circonstances en l'espèce. Comme l'affirme à juste titre le juge Iacobucci, les témoignages de L.L. et de T.B. tendent à établir la mauvaise moralité et la propension à la violence de l'appellant. Je suis d'accord avec le juge Iacobucci et le juge L'Heureux-Dubé que, nonobstant cet effet préjudiciable possible, ces témoignages étaient néanmoins, dans les circonstances de l'espèce, admissibles parce qu'ils étaient pertinents relativement à plusieurs questions importantes comme le moyen de défense fondé sur les rapports innocents, le régime de domination violente que l'appellant exerçait sur la famille et la prétention que M^{me} L. était responsable des lésions corporelles de la plaignante. Toutefois, on ne saurait ignorer le risque d'effet préjudiciable de ces témoignages.

On n'a pas dit au jury, comme le droit l'exige à mon avis, qu'il ne devait pas considérer que cette

as proof that the accused is the sort of person who would commit the offence charged and on that basis infer that the accused is in fact guilty (see *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, at p. 128).

As Sopinka J. pointed out in *R. v. D. (L.E.)*, there are three possible effects of such evidence upon the jury: first, the jury may convict based on propensity; second, the jury might convict to punish for past acts; and third, the jury might become confused and substitute a verdict with respect to the past acts for a verdict on the charges in issue. The evidence of T.B. and L.L. raised serious dangers that these improper and unjust effects might flow. Consider how the theory of the Crown was put to the jury by the trial judge:

Mr. [F.F.B.]'s evidence was evasive and contradictory on numerous occasions. No independent character witnesses were called and significantly his sons were not called to testify.

It is inconceivable that so many of the children would come forward with their evidence of cruel games, physical abuse, sexual abuse, if it did not happen. The defendant has denied it all.

It is clear from the children's evidence that each one of them had different memories of those years in [T.]. However, the constant theme in their evidence is cruel games, physical, mental and sexual abuse and control, exercised by Mr. [F.F.B.]. [Emphasis added.]

The theory of the Crown as put to the jury by the trial judge was an invitation to the jury to infer F.F.B.'s guilt of the counts in the indictment on the basis that he was a person with the propensity for cruelty and violence to children. In short, it was an invitation to the jury to do exactly what the law prohibits. Not only was there no instruction that this should not be done, as in my view the law requires; there was, in fact, an invitation to do

preuve établissait que l'accusé est le genre de personne qui commettrait l'infraction reprochée, et en déduire que l'accusé est effectivement coupable de cette infraction (voir l'arrêt *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, à la p. 128).

Comme le souligne le juge Sopinka dans *R. c. D. (L.E.)*, cette preuve peut avoir trois effets sur le jury: premièrement, le jury peut rendre un verdict de culpabilité fondé sur la propension, deuxièmement, le jury pourrait rendre un verdict de culpabilité afin de punir pour des actes antérieurs, et troisièmement, le jury pourrait s'embrouiller et substituer un verdict sur les actes antérieurs à un verdict sur les accusations en cause. Les témoignages de T.B. et de L.L. créent de graves risques que ces effets irréguliers et injustes se concrétisent. Examinons la façon dont la théorie du ministère public a été présentée au jury par le juge de première instance:

[TRADUCTION] Le témoignage de M. [F.F.B.] s'est avéré évasif et contradictoire à maintes reprises. Aucun témoin de moralité indépendant n'a été assigné et, ce qui est révélateur, ses fils n'ont pas non plus été appelés à la barre.

Il est inconcevable que tant d'enfants viennent témoigner au sujet de jeux cruels, de mauvais traitements, d'agressions sexuelles, si cela ne s'est pas produit. Le défendeur a tout nié.

Il ressort clairement du témoignage des enfants qu'ils ont chacun un souvenir différent des années passées à [T.]. Toutefois, le thème qui revient constamment dans leurs témoignages est l'existence de jeux cruels, de mauvais traitements tant du point de vue physique que mental, d'agressions sexuelles et de contrôle par M. [F.F.B.]. [Je souligne.]

La théorie du ministère public, telle qu'exposée au jury par le juge de première instance, consistait à inviter le jury à déduire que F.F.B. était coupable relativement aux chefs contenus dans l'acte d'accusation pour le motif qu'il avait une propension à la cruauté et à la violence envers les enfants. Bref, cela revenait à inviter le jury à faire exactement ce que le droit interdit. Non seulement le jury n'a-t-il pas été informé qu'il ne devait pas procéder de la

exactly what the jury ought to have been told, in the clearest possible terms, not to do.

In these circumstances, it can scarcely be concluded that the verdict of the jury would have been the same had the trial been conducted in accordance with the law. Upon the evidence adduced, a verdict of guilty was justified, but not inevitable. A verdict of acquittal would not have been unreasonable. The absence of the required instruction, in the circumstances of this case and in light of the way the theory of the Crown was put to the jury was a serious error cutting to the heart of the manner in which the jury should approach the evidence. A clearer case for a new trial is difficult to imagine. The application of s. 686(1)(b)(iii) is completely inappropriate.

I therefore cannot agree with my colleague L'Heureux-Dubé J. concerning the application of s. 686(1)(b)(iii) in this case.

L'Heureux-Dubé J.'s reasons, in my respectful opinion, fall into error with respect to the dangers of prejudice created by the sort of evidence here in issue. She says at p. 719:

The totality of evidence in this case produces a strong sense of moral revulsion, and it would not be surprising if the jury were to conclude that the appellant was in fact a bad person. Such a conclusion does not, in itself, create a problem. The problem arises where a jury uses this conclusion to make the further conclusion, in the absence of evidence of guilt, that the accused is guilty because he is the type to do such atrocious acts. [Emphasis in original.]

With respect, this is not the law. It is precisely the very chain of reasoning against which the jury is to be cautioned; they are not to be told to go ahead and use evidence of propensity as evidence of guilt provided there is other evidence, as my colleague implies in the quoted passage. They should be told, but were not here, to put that chain of reasoning out of their minds.

sorte, comme le droit l'exige à mon avis, mais il a en fait été invité à faire exactement ce qu'on aurait dû lui dire le plus clairement possible de ne pas faire.

Dans ces circonstances, on ne peut guère conclure que le verdict du jury aurait été le même si le procès s'était déroulé conformément au droit applicable. D'après les éléments de preuve présentés, un verdict de culpabilité était justifié, mais non inévitable. Un verdict d'acquiescement n'aurait pas été déraisonnable. Compte tenu des circonstances de l'espèce et de la façon dont la théorie du ministère public a été exposée au jury, l'absence des directives requises constituait une erreur grave touchant au cœur même de la manière dont le jury doit aborder la preuve. Il est difficile d'imaginer un cas plus clair où il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Il ne convient absolument pas d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii).

En conséquence, je ne puis souscrire à l'opinion de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé quant à l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) en l'espèce.

À mon avis, le juge L'Heureux-Dubé commet une erreur quant aux risques de préjudice créés par le genre de preuve en cause ici. Elle affirme à la p. 719:

L'ensemble de la preuve dans cette affaire suscite un sentiment aigu de dégoût moral, et il ne serait pas étonnant que le jury ait pu conclure que l'appelant était effectivement une mauvaise personne. Une telle conclusion ne pose pas, en soi, de difficulté. Le problème survient lorsque le jury se sert de cette conclusion pour tirer, en l'absence de preuve de culpabilité, une conclusion additionnelle que l'accusé est coupable parce qu'il est le genre de personne susceptible d'accomplir des actes aussi atroces. [Souligné dans l'original.]

En toute déférence, tel n'est pas le droit applicable. C'est précisément contre ce type même de raisonnement qu'il faut mettre le jury en garde; on ne doit pas lui dire d'aller de l'avant et de se servir de la preuve de propension comme preuve de culpabilité pourvu qu'il existe une autre preuve, comme le laisse entendre ma collègue dans le passage cité. Il y a lieu d'avertir le jury de ne pas adopter un tel raisonnement, ce qui n'a pas été fait en l'espèce.

In order to reach the conclusion that the evidence of the Crown is “compelling” and its weight “staggering” my colleague must assume that Crown witnesses are credible and that the evidence of the defence is not. This conclusion appears to be premised on the fact that “the complainant and her family have already lived through an experience of unspeakable violence” (at p. 720, emphasis added). These are matters which the law, justice and the public interest require to be entrusted to a properly instructed jury.

I would allow the appeal and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice Iacobucci, and agree with his conclusion that the evidence of L.L. and T.B. was admissible. In my opinion, the testimony was relevant and was therefore properly admissible subject to a weighing of the probative value against any prejudicial effect. Both the trial judge and the majority of the Court of Appeal agreed on this point. In this regard, I agree with Hallett J.A. of the Nova Scotia Court of Appeal who said (1991), 107 N.S.R. (2d) 231, at pp. 255-56:

In my opinion, (L.L.'s) evidence, which was set out in some considerable detail in the decisions of Justices Jones and Chipman, was admissible not as similar fact evidence but simply because it was relevant and highly probative to explain to the jury how these assaults on (P.A.L.) could have occurred and continued over so many years in this crowded household and nothing was ever said. The evidence disclosed that Mr. (L.) was rarely home and Mrs. (L.) was generally at work which left the appellant in charge of these young children. Without the evidence of his cruelty to these captive children and the total domination of them as a result of their fear of him, there is no explanation of why none of the children, including (P.A.L.), ever spoke of what was taking place. It is relevant and probative because without it this horror story, cloaked in secrecy for some 25 years, would not seem credible.

Pour arriver à la conclusion que la preuve du ministère public est «convaincante» et «renversante», ma collègue doit supposer que les témoins à charge sont dignes de foi et que ceux de la défense ne le sont pas. Cette conclusion paraît se fonder sur le fait que «la plaignante et sa famille ont déjà vécu une expérience d'une violence indescriptible» (à la p. 720, je souligne). Il s'agit là de questions qui, d'après les exigences du droit, de la justice et de l'intérêt public, doivent être soumises à l'appréciation d'un jury qui a reçu des directives appropriées.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Iacobucci et je partage sa conclusion quant à l'admissibilité des témoignages de L.L. et de T.B. À mon avis, ces témoignages étaient pertinents et donc proprement admissibles à la condition toutefois d'en soulever la valeur probante par rapport à tout effet préjudiciable qu'ils pouvaient avoir. Tant le juge du procès que la Cour d'appel, à la majorité, ont été d'accord sur ce point. Je souscris, à cet égard, à l'opinion du juge Hallett de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1991), 107 N.S.R. (2d) 231, qui écrit, aux pp. 255 et 256:

[TRADUCTION] À mon avis, le témoignage de (L.L.), dont les juges Jones et Chipman font état avec force détails dans leurs motifs, était admissible, non pas à titre de preuve de faits similaires, mais pour la simple raison qu'il était pertinent et fort probant pour expliquer au jury pourquoi les agressions dont a été victime (P.A.L.) ont pu, malgré la promiscuité qui régnait dans cette maison, se produire et continuer pendant tant d'années sans qu'on ne dise rien. Il ressort de la preuve que M. (L.) était rarement à la maison et que Mme (L.) était généralement au travail, ce qui laissait à l'appelant la responsabilité de ces jeunes enfants. Sans la preuve de sa cruauté envers ces enfants captifs et de leur domination totale en raison de la peur qu'ils avaient de lui, rien ne peut expliquer pourquoi aucun d'eux, y compris (P.A.L.), n'a jamais parlé de ce qui se passait. Cette preuve est pertinente et probante parce que, sans elle, cette histoire d'horreur, cachée pendant 25 ans, ne semblerait pas crédible.

(L.L.'s) evidence was admissible to show the circumstances that existed in the household during the years these assaults on (P.A.L.) took place. I would prefer not to cloak the evidence with the questionable mantle and trappings of "similar fact" evidence to support its admissibility. (L.L.'s) evidence of the appellant's cruelty, although it certainly proves the appellant's disposition to violence and is prejudicial, was, in the peculiar circumstances of this case, admissible for the reason I have stated.

The appellant was certainly entitled to a fair trial and to have excluded evidence adduced solely to show bad disposition. However, (L.L.'s) evidence was not introduced for that sole purpose. The law does not immunize the appellant from having relevant evidence adduced by the Crown to show the circumstances and setting in which the assaults on (P.A.L.) were alleged to have taken place.

The only remaining issue, as my colleague asserts, is whether the trial judge made an error in law in instructing the jury as to the use that could be made of this evidence. If the charge is adequate in that respect, that is the end of the matter. If not, should the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, apply?

Did the Trial Judge Err in Instructing the Jury?

The failure of a trial judge to instruct a jury adequately may constitute an error of law. In determining whether or not a charge is inadequate, there are some preliminary considerations that must be kept in mind.

First, one must remain cognizant of Dickson J.'s (as he then was) observation in *Vézéau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, at p. 285:

A jury charge should not be anatomized, cut in pieces and examined part by part, as though it were a plant or animal in a laboratory experiment.

Lamer J. (now Chief Justice) confirmed in *Young v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 39, at p. 45, a judge's charge "should be considered in its entirety

Le témoignage de (L.L.) était admissible pour montrer la situation qui régnait dans le foyer pendant les années où se sont produites les agressions contre (P.A.L.). Je préférerais ne pas faire entrer cette preuve dans la catégorie contestable de la preuve de «faits similaires» pour en justifier l'admissibilité. Bien que le témoignage de (L.L.) quant à la cruauté de l'appellant prouve assurément sa propension à la violence et soit préjudiciable, il était, dans les circonstances particulières de la présente affaire, admissible pour le motif que j'ai exposé.

L'appellant avait certes droit à un procès équitable ainsi qu'à l'exclusion de la preuve présentée à seule fin d'établir son mauvais caractère. Toutefois, ce n'est pas à cette seule fin qu'a été présenté le témoignage de (L.L.). Le droit ne met pas l'appellant à l'abri d'une preuve pertinente que peut présenter le ministère public afin d'établir les circonstances et le cadre dans lesquels les agressions contre (P.A.L.) auraient été commises.

Comme le fait remarquer mon collègue, la seule question qui reste est de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit dans ses directives au jury quant à l'utilisation qui pouvait être faite de cette preuve. Si l'exposé est suffisant à cet égard, ceci clôt le débat. Sinon, y a-t-il lieu d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46?

Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son exposé au jury?

L'omission, de la part du juge du procès, de donner au jury des directives appropriées peut constituer une erreur de droit. Afin de décider si un exposé est insuffisant ou non, il faut garder à l'esprit certaines considérations préliminaires.

En premier lieu, il y a lieu de se rappeler l'observation du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Vézéau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, à la p. 285:

Il n'y a pas lieu de disséquer les directives au jury et d'en examiner chaque élément comme s'il s'agissait d'une plante ou d'un animal dans une expérience de laboratoire.

Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l'a confirmé dans l'arrêt *Young c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 39, à la p. 45, l'exposé du juge «doit être

and be examined in the light of what was effectively conveyed to the jurors." (See also *R. v. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417 (Ont. C.A.), at p. 436).

Second, in examining the charge and its possible effect on the jury, the court is entitled to assume that juries are both reasonable and intelligent. In this regard, I would repeat the words of Dickson C.J. in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 692:

In my view, it would be quite wrong to make too much of the risk that the jury might use the evidence for an improper purpose. This line of thinking could seriously undermine the entire jury system. The very strength of the jury is that the ultimate issue of guilt or innocence is determined by a group of ordinary citizens who are not legal specialists and who bring to the legal process a healthy measure of common sense. [Emphasis in original.]

In light of these remarks, I refer to the relevant portion of the charge to the jury. The trial judge commented as follows:

It is a fundamental principle of criminal law that the evidence as to one count in the indictment cannot be used to prove the guilt of an accused person on another count. For example, an accused may be charged in one count with the offence of theft and in another count with the offence of assault. Both incidents may have occurred at different times or involve different victims. In that situation, it would be wrong to use the evidence relating to the offence of theft in determining whether the accused was guilty of assault. . . .

In the present case, [F.F.B.] is charged with six counts covering four different offences. There are two counts of each of two of those offences and two counts of other offences. When considering the evidence, do not use the evidence as to one count to try to prove guilt on another count. And when examining the evidence as to one count, you should not conclude that Mr. [F.F.B.] is a person whose character or disposition is such that he likely committed the offence described in any of the other counts of the indictment. [Emphasis added.]

considéré dans son ensemble et ses propos examinés dans le contexte du message effectivement transmis aux jurés.» (Voir également *R. c. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417 (C.A. Ont.), à la p. 436).

En second lieu, en examinant l'exposé et l'effet qu'il a pu avoir sur le jury, la cour est en droit de présumer que les jurés sont des gens à la fois raisonnables et intelligents. À cet égard, je reprend les propos du juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 692:

Selon moi, on aurait bien tort de trop insister sur le risque que le jury puisse faire mauvais usage de ladite preuve. En effet, une telle attitude pourrait nuire gravement à l'ensemble du système de jurys. Ce qui fait toute la force du jury, c'est que la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence est tranchée par un groupe de citoyens ordinaires qui ne sont pas des juristes et qui apportent au processus judiciaire une saine mesure de bon sens. [Souligné dans l'original.]

Compte tenu de ces observations, je me reporte à la partie pertinente de l'exposé au jury. Le juge du procès s'est exprimé comme suit:

[TRADUCTION] En droit criminel, il existe un principe fondamental selon lequel la preuve présentée à l'égard d'un chef d'accusation ne peut servir à établir la culpabilité de l'accusé relativement à un autre chef. Il se peut, par exemple, que l'accusé soit inculpé de vol dans un chef et de voies de fait dans un autre. Les deux incidents peuvent s'être produits à des moments différents ou avoir fait des victimes différentes. Dans ce cas, il serait erroné d'utiliser la preuve relative à l'infraction de vol pour décider si l'accusé était coupable de voies de fait. . .

En l'espèce, six chefs d'accusation faisant état de quatre infractions différentes ont été portés contre [F.F.B.]. Deux des infractions font l'objet de deux chefs d'accusation chacune, et les deux autres chefs se rapportent aux deux autres infractions. Lorsque vous examinerez les éléments de preuve, n'utilisez pas la preuve relative à un chef pour essayer de prouver la culpabilité à l'égard d'un autre chef. Et au moment d'examiner la preuve relative à un chef, vous ne devriez pas conclure qu'en raison de sa moralité ou de sa propension, M. [F.F.B.] est une personne susceptible d'avoir commis l'infraction décrite dans l'un des autres chefs de l'acte d'accusation. [Je souligne.]

Reading the charge as a whole, I cannot conclude that the jury was inadequately instructed concerning the applicable principles, nor that they were incapable of understanding the instructions given them. The trial judge instructed the jury that evidence of one offence could not be used to prove another offence, and that the evidence should not be used to draw conclusions about F.F.B.'s character or disposition. I believe it is noteworthy that the jury did not find the accused guilty of all six charges on the Bill of Indictment, but rather acquitted the accused of the charge related to procuring a miscarriage (s. 237(1) of the *Criminal Code*). If the jury had found the accused guilty on all charges, I would not necessarily conclude that the jury had used the evidence of L.L. improperly. However, the fact that the jury did not convict on all grounds supports the conclusion that the jury understood the principles of law, that they properly followed the instructions of the trial judge, and that they found the accused guilty of specific charges based solely on the evidence before them.

Although the instructions could have been more explicit, in the totality of the circumstances of this case, the directions given were adequate. One such circumstance of particular importance was the defence counsel's own use of the evidence in question.

Tactics of Defence Counsel

Defence counsel did not object to L.L.'s evidence, nor to the instructions given to the jury. The trial judge provided an opportunity for counsel to voice any objections to both evidence and instructions. Though defence counsel did in fact raise several objections throughout the trial, he specifically did not raise objections concerning L.L.'s evidence or the related portion of the instructions to the jury.

I am not suggesting that failure to object at trial will preclude counsel from alleging on appeal that

Compte tenu de l'exposé dans son ensemble, je ne puis conclure que le jury n'a pas reçu les directives appropriées au sujet des principes applicables, ni qu'il était incapable de comprendre les directives qui lui ont été données. Le juge du procès a dit au jury que la preuve d'une infraction ne pouvait pas servir à prouver une autre infraction, et que la preuve ne devait pas servir à tirer des conclusions quant à la moralité ou à la propension de F.F.B. Il convient, je crois, de noter que le jury n'a pas déclaré l'accusé coupable relativement à chacun des six chefs contenus dans l'acte d'accusation, mais qu'il l'a au contraire acquitté de l'accusation d'avoir procuré un avortement (par. 237(1) du *Code criminel*). Si le jury avait reconnu l'accusé coupable relativement à toutes les accusations, je ne conclurais pas forcément qu'il a fait un mauvais usage du témoignage de L.L. Cependant, le fait qu'il n'ait pas condamné l'accusé relativement à toutes les accusations permet de conclure que les membres du jury ont compris les principes de droit applicables, qu'ils ont bien suivi les directives du juge du procès et que c'est en se fondant uniquement sur la preuve dont ils disposaient qu'ils ont déclaré l'accusé coupable quant à des accusations précises.

Quoiqu'elles auraient pu être plus explicites, les directives données étaient appropriées compte tenu de l'ensemble des circonstances de cette affaire. L'une des circonstances à laquelle on doit attacher une importance particulière est l'usage que l'avocat de la défense a lui-même fait de la preuve dont il est ici question.

Les tactiques de l'avocat de la défense

L'avocat de la défense ne s'est opposé ni au témoignage de L.L., ni aux directives données au jury, malgré l'occasion que lui a fournie à cette fin le juge du procès. Bien que l'avocat de la défense ait, au cours du procès, soulevé diverses objections, il ne s'est pas spécifiquement opposé au témoignage de L.L., ni à la partie des directives au jury s'y rapportant.

Je ne prétends pas que le défaut de l'avocat de soulever une objection lors du procès l'empêche

an error was made. Mere silence of counsel cannot displace the right of an accused to a fair trial. However, it is important to consider the reasons for counsel's failure to raise any objection to L.L.'s evidence. In this regard, the comments of Arnup J.A. of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Guenot, Kocsis and Lukacs* (1979), 51 C.C.C. (2d) 315, at p. 320, are apposite:

No slip or mistake of counsel should be permitted to bring about a miscarriage of justice, but on the other hand in considering the weight of the position taken in this Court with respect to an alleged omission on the part of the trial Judge of the kind mentioned we think we are quite entitled to take into consideration the position which was deliberately and forcefully taken by counsel for that appellant at the trial.

Counsel for the defence not only failed to object to the evidence of L.L., but also used it to illustrate that the allegations were so heinous as to be improbable. In the closing address to the jury, counsel specifically referred to this evidence, and stated that "[t]he accusations against (F.F.B.) have to be viewed in the light of all of these circumstances". Counsel went on to say:

It is almost as if the Crown witnesses would want you to believe . . . that for ten years of Mr. [F.F.B.]'s 55 years of life, he was some sort of man who took on subhuman proportions and I suggest to you that that's highly unlikely.

The failure to object was neither accidental or inadvertent. Counsel was not simply caught off guard, but had a specific strategy. This is clear in comments made by defence counsel to the Justices of the Nova Scotia Court of Appeal, as cited in the reasons for judgment of Chipman J.A., at p. 250:

But, you know, it's one of those things when you're doing the trial, sometimes the more absurd it sounds, I mean, we were in a difficult situation. We had—

Justice Jones: No question about that.

d'alléguer, en appel, qu'une erreur a été commise. Le seul silence de son avocat ne saurait priver l'accusé de son droit à un procès équitable. Cependant, il importe de prendre en considération les raisons pour lesquelles l'avocat ne s'est pas opposé au témoignage de L.L. À cet égard, les commentaires du juge Arnup de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Guenot, Kocsis and Lukacs* (1979), 51 C.C.C. (2d) 315, à la p. 320, sont pertinents:

[TRADUCTION] On ne saurait permettre qu'une erreur judiciaire résulte de l'oubli ou de l'erreur d'un avocat, mais d'un autre côté, compte tenu de l'importance du point de vue adopté devant notre cour à l'égard du genre d'omission reprochée au juge du procès, nous estimons que nous sommes parfaitement en droit de prendre en considération la position que l'avocat de l'appellant a délibérément et énergiquement adoptée au procès.

Non seulement l'avocat de la défense ne s'est-il pas opposé au témoignage de L.L., mais il s'en est servi pour montrer que les allégations qu'il contenait étaient odieuses au point d'être invraisemblables. Dans ses remarques finales au jury, l'avocat s'est reporté précisément à cette preuve, affirmant que les [TRADUCTION] «accusations pesant contre (F.F.B.) doivent être considérées à la lumière de toutes les circonstances». Il a poursuivi en ces termes:

[TRADUCTION] C'est presque comme si les témoins à charge voulaient vous faire croire [. . .] que, pendant dix des 55 années de sa vie, M. [F.F.B.] a été en quelque sorte un être moins qu'humain, et je vous dis que cela est très invraisemblable.

L'absence d'objection n'a été ni accidentelle ni fortuite. Loin d'être simplement pris au dépourvu, l'avocat avait au contraire une stratégie précise. Cela ressort clairement des observations qu'il a faites devant les juges de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et que le juge Chipman cite dans ses motifs, à la p. 250:

[TRADUCTION]

Mais, vous savez, au procès, parfois plus cela paraît absurde, je veux dire, nous étions dans une situation difficile. Nous avons—

Le juge Jones: Cela ne fait pas de doute.

Mr. Coady:—a complainant and we had corroboration.

M^e Coady:—une plaignante et nous avons de la corroboration.

Justice Hallett: Yes, (T.), (D.).

Le juge Hallett: Oui, (T.), (D.).

Mr. Coady: (T.). In my mind, the evidence of (T.B.), was, it carried the day. I think his evidence was very very important. He was one of the best witnesses that the Crown could ever hope to have and that . . . so it became a situation where, to some degree, the more bizarre, the more heinous and the more absurd that the allegations in totality were, probably the greater it fed any possible hope that we had for reasonable doubt and they were given great rein by not objecting and they were cross-examined at length about it and it was focused on.

M^e Coady: (T.). À mon avis, le témoignage de (T.B.) l'emportait. Je crois que son témoignage était très très important. C'était l'un des meilleurs témoins que la poursuite pouvait espérer et [. . .] on en est venu à une situation où, dans une certaine mesure, plus les allégations faites étaient, dans leur ensemble, bizarres, odieuses et absurdes, plus grand était notre espoir de soulever un doute raisonnable; l'absence d'objection leur laissait tout le champ libre, le contre-interrogatoire a été serré à ce propos et l'accent a été mis là-dessus.

Now, that obviously it wasn't sufficient to erode the conclusion of the Jury, but I just leave it with you. It's one of those things, it's a judgment call you make during the trial when you're in a tough situation.

Maintenant, il est évident que cela n'a pas été suffisant pour miner la conclusion du jury, mais je sou mets simplement cela à votre appréciation. C'est l'un de ces éléments. C'est un appel à votre jugement que vous faites pendant le procès lorsque vous êtes dans une situation difficile.

Justice Hallett: At that point in time, you felt that (F.F.B.) was in great jeopardy of being found guilty, even before (L.L.) was called.

Le juge Hallett: À ce moment-là, vous estimiez que (F.F.B.) risquait fort d'être déclaré coupable, même avant que (L.L.) ne soit appelé à témoigner.

Mr. Coady: No question about that.

M^e Coady: C'est bien cela.

Counsel was of the opinion that the evidence of T.B. "carried the day", and attempted to make strategic use of the evidence of L.L. to raise a reasonable doubt. The Court is entitled to consider this strategy in determining whether or not there was an error in the instructions to the jury. Given that the failure to object was strategic, that counsel was given a full opportunity to object or to make suggestions as to the instructions, and the wording of the judge's address to the jury which I outlined earlier, I conclude that the instructions to the jury were adequate.

L'avocat a estimé que le témoignage de T.B. «l'emportait», et il a tenté de faire un usage stratégique du témoignage de L.L. pour soulever un doute raisonnable. La Cour est donc en droit de prendre cette stratégie en considération pour décider si les directives au jury comportaient une erreur. Étant donné le caractère stratégique du défaut de l'avocat de soulever une objection, l'occasion qu'il a pleinement eue de s'opposer ou de présenter des observations quant aux directives, ainsi que la formulation de l'exposé du juge au jury, que j'ai souligné précédemment, je conclus que les directives données aux jurés étaient appropriées.

However, even if I were wrong in my conclusion as to the adequacy of the instructions, I would without hesitation apply s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* to remedy any defect.

Toutefois, même si ma conclusion quant au caractère suffisant des directives était erronée, j'appliquerais sans hésiter le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* pour remédier à tout défaut.

Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*

The curative provision of the *Criminal Code* reads as follows:

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

. . . .

(b) may dismiss the appeal where

. . . .

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

There is no dispute as to the relevant test under this section. The test was set out by this Court in *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, at p. 756. Here, Spence J. stated the rule as follows:

If there is any possibility that twelve reasonable men, properly charged, would have a reasonable doubt as to the guilt of the accused, then this Court should not apply the provisions of [s. 686(1)(b)(iii)] to affirm a conviction.

Cartwright J. clarified the burden involved at p. 744:

. . . once error in law has been found to have occurred at the trial, the onus resting upon the Crown is to satisfy the Court that the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred.

The Court must ask whether a properly instructed and reasonably acting jury would have necessarily arrived at the same conclusion. If this question can be answered in the affirmative, then there has been no substantial wrong, no miscarriage of justice, and the Court may affirm the conviction. To decide whether there has been a miscar-

Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*

La disposition réparatrice du *Code criminel* est ainsi conçue:

^a 686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel:

^b

. . . .

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

^c

. . . .

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

Le critère applicable en vertu de cette disposition n'est pas contesté. Il a été énoncé par notre Cour dans l'arrêt *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, à la p. 756. Le juge Spence résume ainsi la règle:

^f [TRADUCTION] S'il y a la moindre possibilité que douze personnes raisonnables, ayant reçu des directives appropriées, aient un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé, alors notre Cour ne doit pas appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii)] pour confirmer la déclaration de culpabilité.

Le juge Cartwright clarifie, à la p. 744, le fardeau de preuve dont il est question:

^h [TRADUCTION] . . . une fois que l'on a jugé qu'il y a eu erreur de droit au procès, il incombe à la poursuite d'établir à la satisfaction de la Cour que le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite.

ⁱ La Cour doit se demander si un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de façon raisonnable serait nécessairement arrivé à la même conclusion. Si l'on peut répondre par l'affirmative, c'est qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire ou déni de justice grave ne se sont produits, et la Cour peut confirmer la déclaration de

^j

riage of justice, the Court must examine the case in its totality. As McIntyre J. stated in *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233, at p. 240:

It is not every error which will result in a miscarriage of justice, the very existence of the proviso to relieve against errors of law which do not cause a miscarriage of justice recognizes that fact.

It is thus critical to consider all the evidence that was available to the jury. There was, of course, the evidence of P.A.L. She told a nightmarish story of physical and sexual abuse. She spoke of sexual molestation as a child, of forcible rape at 10 years of age, and of being rushed to the hospital because of the resulting haemorrhaging. She told of the appellant grinding her face into the ground with his foot, holding her head under the water in a bathtub and threatening to bury her with her dead brother, cutting her legs with knives, burning her with cigarettes and cigarette lighters. She told of having a broken bottle stabbed into her leg, and silence and compliance obtained through threats to burn down the house and kill her family, of giving birth twice before the age of 16.

This disturbing evidence was supported by other witnesses. T.B. saw the accused have intercourse with P.A.L. when she was 16. D.M.L. confirmed seeing the accused smash P.A.L.'s face into the side of a car. She also was a witness to years of sexual abuse:

A. . . . I remember seeing on occasions, [F.F.B.] come in our bedroom and have intercourse with [P.A.L.]. I remember [P.A.L.] saying no, no. He never said an awful lot. He just did as he felt like. I did pretend I was asleep at the time. I didn't . . . I was only young too. I never told [P.A.L.] until later on in the years that I did know this, because I felt . . . I couldn't say anything to my mother about it, in fear and I felt too, that I was . . . I felt bad because I couldn't say anything. I felt that I was doing [P.A.L.] an injustice at the

culpabilité. Pour décider s'il y a eu déni de justice, la Cour doit examiner l'affaire dans son ensemble. Comme le souligne le juge McIntyre dans l'arrêt *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233, à la p. 240:

On ne peut pas dire que toute erreur est une erreur judiciaire; d'ailleurs l'existence même de la disposition pour remédier aux erreurs de droit qui ne causent pas une erreur judiciaire reconnaît ce fait.

Il est donc crucial d'examiner l'ensemble de la preuve dont disposait le jury. Il y avait naturellement le témoignage de P.A.L. Elle a raconté une histoire cauchemardesque d'agressions physiques et sexuelles. Elle a parlé d'attentats à la pudeur quand elle était enfant, de viol à l'âge de 10 ans et de son hospitalisation pour l'hémorragie qui en a résulté. Elle a raconté que l'appelant lui avait écrasé le visage contre le sol avec son pied, qu'il lui avait maintenu la tête sous l'eau dans une baignoire et qu'il avait menacé de l'enterrer avec son frère décédé, qu'il lui avait lacéré les jambes avec des couteaux et l'avait brûlée avec des cigarettes et des briquets. Elle a parlé de la bouteille cassée qu'il lui a enfoncée dans la jambe, du silence et de la soumission qu'il obtenait en menaçant de brûler la maison et de tuer les membres de sa famille, des deux enfants auxquels elle avait donné naissance avant d'avoir atteint l'âge de 16 ans.

D'autres témoins sont venus étayer ce témoignage troublant. T.B. a vu l'accusé avoir des rapports sexuels avec P.A.L. alors que celle-ci était âgée de 16 ans. D.M.L. a confirmé avoir vu l'accusé frapper la tête de P.A.L. contre une voiture. Pendant des années, elle a également été témoin des agressions sexuelles:

[TRADUCTION]

R. [...] je me souviens avoir vu, à l'occasion, [F.F.B.] venir dans notre chambre et avoir des rapports avec [P.A.L.]. Je me souviens que [P.A.L.] disait non, non. Il ne parlait jamais beaucoup. Il faisait simplement ce qu'il voulait. Je faisais semblant de dormir à l'époque. Je ne . . . J'étais jeune aussi. Ce n'est que beaucoup plus tard que j'ai dit à [P.A.L.] que je le savais, parce que je me sentais . . . Je ne pouvais rien dire à ma mère à ce sujet, j'avais peur et aussi j'avais l'impression que j'étais . . . Je me sentais mal parce que

time, because I didn't want it happening to me. So, I pretended I was snoring and not seeing anything, it wouldn't happen to me.

Q. You mentioned you were young. How old were you when you . . . When you remember this, how old do you feel you were?

A. I was around ten, eleven.

Q. Can you remember how often it happened?

A. It happened, well it happened quite often, but I wasn't always awake either, I wouldn't think, but it happened quite often. I mentally in my head, tried to block it out, but I found it hard sleeping at night, knowing what was going on.

Q. Do you know how long it continued?

A. It continued right up until he left.

There was the evidence from Mrs. L. which corroborated elements of both P.A.L.'s and T.B.'s testimony. Mrs. L. also told of breaking the lock on a cabinet belonging to the accused, and finding items which belonged to P.A.L. but which had gone missing. There was evidence of P.A.L.'s two pregnancies, and hospital records verifying the internal injuries sustained by P.A.L. when she, according to the accused, fell on a stick. There were remaining scars on her body which provided additional evidence of physical abuse.

It is in the context of all this evidence, that we must consider the evidence of L.L. He gave evidence of being beaten, hung from the bannister by a rope, deprived of food, burned with cigarettes, locked outside in the winter wearing only shorts, tied up and locked in a small dark room, made to stand naked in the corner, of violent games played with knives and hammers. It should be noted that this evidence, as outrageous and unbelievable as it seems, was supported by the evidence of the other witnesses. T.B. testified that the accused had burned the children with cigarettes, and carved his initials into the children's hands with razor blades. D.M.L. told of the violent games with knives and straps, of children locked in dark rooms, of stand-

je ne pouvais rien dire. J'avais l'impression à cette époque de commettre une injustice envers [P.A.L.], parce que je ne voulais pas que cela m'arrive. Donc, je faisais semblant de ronfler et de ne rien voir, pour qu'il ne m'arrive rien.

Q. Vous avez dit que vous étiez jeune. Quel âge aviez-vous quand vous . . . Selon votre souvenir, quel âge pensez-vous que vous aviez?

R. J'avais autour de dix, onze ans.

Q. Vous rappelez-vous si cela arrivait souvent?

R. Bien, cela arrivait assez souvent, mais je n'étais pas toujours éveillée non plus, je crois, mais cela arrivait assez souvent. Dans ma tête, j'essayais de ne pas y penser, mais j'avais de la difficulté à dormir le soir, sachant ce qui se passait.

Q. Savez-vous combien de temps cela a duré?

R. Cela a duré jusqu'à ce qu'il parte.

Il y avait le témoignage de M^{me} L. qui corroborait des éléments du témoignage de P.A.L. et de celui de T.B. Madame L. a parlé aussi d'un meuble appartenant à l'accusé, dont elle avait brisé la serrure pour y trouver des effets de P.A.L. qui avaient disparu. Il y avait des éléments de preuve concernant les deux grossesses de P.A.L., ainsi que des dossiers hospitaliers confirmant les blessures internes qu'elle avait subies lorsque, d'après l'accusé, elle était tombée sur un bâton. Son corps portait encore des cicatrices, ce qui constituait une preuve additionnelle des agressions physiques subies.

C'est en fonction de toute cette preuve qu'il nous faut examiner le témoignage de L.L. Celui-ci a témoigné avoir été battu, pendu à une rampe au moyen d'une corde, privé de nourriture, brûlé avec des cigarettes, jeté dehors l'hiver vêtu seulement d'un caleçon, attaché et enfermé dans une petite pièce noire, forcé de se tenir debout nu dans un coin; il a aussi parlé de jeux violents avec des couteaux et des marteaux. Soulignons que ce témoignage, aussi choquant et incroyable soit-il, a été appuyé par celui d'autres témoins. T.B. a témoigné que l'accusé avait brûlé les enfants avec des cigarettes et qu'il s'était servi de lames de rasoir pour graver ses initiales dans leurs mains. D.M.L. a parlé de jeux violents avec des couteaux et des

ing naked in the corner. She told of the accused's threatening to kill her if she spoke of these things. W.L. spoke of the violent environment, of the control exerted over the children by the appellant, of children hung on coat hooks by their belts, of scars on his arm where the appellant had carved his initials.

This evidence did not paint the appellant in an attractive light, but it was highly relevant to help explain the atmosphere in which the offences against P.A.L. took place. The totality of evidence in this case produces a strong sense of moral revulsion, and it would not be surprising if the jury were to conclude that the appellant was in fact a bad person. Such a conclusion does not, in itself, create a problem. The problem arises where a jury uses this conclusion to make the further conclusion, in the absence of evidence of guilt, that the accused is guilty because he is the type to do such atrocious acts.

It should be clear from the above that this is not a case where the jury was required to make a finding with a limited amount of evidence. On the contrary, the evidence presented against the accused was overwhelming. Defence counsel had good reason to fear that his client was in great jeopardy of being found guilty. Even had the evidence of L.L. been excluded completely, the remaining evidence was so compelling as to necessitate that a jury, properly instructed and acting reasonably, would return a finding of guilt. There was no room here for any doubt.

After considering all the evidence presented, I can say unequivocally that no jury, properly instructed and acting reasonably, could possibly have acquitted the accused. As McIntyre J. wrote in *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834, at p. 855, "[t]he errors alleged lose their significance in the face of this inevitable conclusion." I would reiterate my observation in *R. v. Nygaard*, [1989] 2 S.C.R. 1074, that where the result of a re-trial

sangles, d'enfants enfermés dans des chambres noires, de moments passés debout nus dans un coin. Elle a dit que l'accusé avait menacé de la tuer si elle parlait de ces choses. W.L. a parlé de la violence du milieu, de la domination que l'appellant exerçait sur les enfants, des enfants qu'il suspendait par la ceinture aux portemanteaux, des cicatrices qu'il avait au bras là où l'appellant avait gravé ses initiales.

Ces témoignages ne montrent certes pas l'appellant sous un jour favorable, mais ils sont fort pertinents pour aider à comprendre le climat dans lequel les infractions dont a été victime P.A.L. ont été commises. L'ensemble de la preuve dans cette affaire suscite un sentiment aigu de dégoût moral, et il ne serait pas étonnant que le jury ait pu conclure que l'appellant était effectivement une mauvaise personne. Une telle conclusion ne pose pas, en soi, de difficulté. Le problème survient lorsque le jury se sert de cette conclusion pour tirer, en l'absence de preuve de culpabilité, une conclusion additionnelle que l'accusé est coupable parce qu'il est le genre de personne susceptible d'accomplir des actes aussi atroces.

Il devrait ressortir clairement de ce qui précède qu'il ne s'agit pas d'un cas où le jury devait tirer une conclusion à partir de peu d'éléments de preuve. Au contraire, la preuve présentée contre l'accusé était accablante. L'avocat de la défense avait de bonnes raisons de croire que son client risquait fort d'être reconnu coupable. Même si le témoignage de L.L. avait été écarté entièrement, les autres éléments de preuve étaient à ce point convaincants qu'un jury, ayant reçu les directives appropriées et agissant de façon raisonnable, aurait nécessairement prononcé un verdict de culpabilité. Il n'y avait pas de place pour le doute ici.

Après avoir examiné l'ensemble de la preuve, je puis affirmer catégoriquement qu'il n'y avait pas la moindre possibilité qu'un jury, ayant reçu les directives appropriées et agissant de façon raisonnable, acquitte l'accusé. Comme l'a affirmé le juge McIntyre dans l'arrêt *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834, à la p. 855, «[l]es erreurs alléguées perdent leur importance devant cette conclusion inévitable.» Je reprendrais ici l'observation que

will necessarily be the same, a new trial is not in the best interests of the administration of justice. No substantial wrong or miscarriage of justice has occurred in this case. The result of a re-trial would necessarily be the same, and it cannot be said that the accused has been deprived of his right to a fair trial. It is thus just and appropriate for this Court to apply the curative provisions of the *Code*.

For these reasons, I find myself startled that, after remarking, at p. 737, that “the evidence was not so overwhelming that the jury would have inevitably convicted the appellant”; my colleague concludes, at p. 737, that “this is not an appropriate case to invoke the curative provision”. Quite frankly, if the curative provision cannot be applied here, I do not know where it can be applied. The weight of evidence in this case is staggering. To refuse to apply the provision in these circumstances is to render the curative provision impotent and enfeeble the meaning of the word “justice”. This Court must give substance to the term “miscarriage of justice”. Justice requires that all fairness be accorded an accused, but where, as in this case, the accused has in fact been treated with fairness, justice also requires a consideration of the public interest.

The Court cannot be blind to the ramifications of sending this matter back for re-trial. Apart from the time and expense to the public purse in terms of courts, prosecutors and defence lawyers, the complainant and her family have already lived through an experience of unspeakable violence as well as the trauma of a trial. A new trial will require them to once again re-live experiences that should not be experienced even once. Given that there was no miscarriage of justice in the first trial, this would be more than “regrettable”. In the circumstances of this case, a new trial would itself, in my view, be a miscarriage of justice, the very type of miscarriage that the curative provision of the *Code* was meant to prevent.

j’ai faite dans *R. c. Nygaard*, [1989] 2 R.C.S. 1074, soit que, dans le cas où le résultat d’un nouveau procès sera nécessairement le même, un nouveau procès n’est pas dans l’intérêt de l’administration de la justice. Il n’y a eu en l’espèce aucun tort important ni aucun déni de justice grave. Le résultat d’un nouveau procès serait nécessairement le même et on ne saurait prétendre que l’accusé a été privé de son droit à un procès équitable. En conséquence, il est juste et approprié que notre Cour applique les dispositions réparatrices du *Code*.

Pour ces motifs, je m’étonne qu’après avoir remarqué, à la p. 737, que «la preuve n’était pas à ce point accablante que le jury aurait forcément déclaré l’appelant coupable», mon collègue conclut, à la p. 737, qu’«il ne convient pas en l’espèce d’invoquer la disposition réparatrice.» Franchement, si la disposition réparatrice ne peut s’appliquer ici, je ne vois pas dans quel cas elle le pourra. La preuve, en l’espèce, est renversante. Refuser d’appliquer la disposition réparatrice dans ces circonstances revient à lui faire perdre tout effet et à affaiblir le sens du mot «justice». Notre Cour doit donner un contenu à l’expression «déni de justice». La justice exige que l’accusé soit traité en toute équité, mais dans le cas où, comme en l’espèce, l’accusé a été effectivement traité avec équité, la justice exige aussi qu’on tienne compte de l’intérêt public.

La Cour ne saurait fermer les yeux sur les répercussions possibles d’un nouveau procès. Outre le temps consacré et les deniers publics dépensés au titre des procédures judiciaires des avocats de la poursuite et de la défense, la plaignante et sa famille ont déjà vécu une expérience d’une violence indescriptible, à laquelle s’est ajouté le traumatisme d’un procès. Un nouveau procès les obligerait à revivre des expériences qu’on souhaiterait n’avoir jamais vécues ne serait-ce qu’une seule fois. Étant donné l’absence de déni de justice au cours du premier procès, ceci serait plus que «regrettable». Dans les circonstances de la présente affaire, un nouveau procès constituerait en soi un déni de justice, le type même d’erreur que la disposition réparatrice du *Code* vise à prévenir.

Since writing these reasons, I have had occasion to read those of the Chief Justice. I agree with his observation that the key issue before the Court is to determine whether or not the curative provision should apply, and that the exercise (at p. 706)

must be conducted with respect for the function of the jury, whose role it is to determine what evidence of which witnesses they accept, the weight it should be accorded and, in the final analysis, whether there exists a reasonable doubt about the guilt of the accused.

The law is well settled, as the Chief Justice notes, at p. 710, that determinations as to credibility of witnesses, and the weight to be given to the evidence "are matters which the law, justice and the public interest require to be entrusted to a properly instructed jury." My reasons do not depart from these principles.

I totally disagree with the Chief Justice that the case essentially turns on credibility. In most if not all cases, a jury must make determinations on credibility, but there is nothing here to suggest that credibility was more or less of an issue than in any other case. The issue before us is not one of credibility, but is rather of weighing the evidence in its totality.

With respect, I believe that the Chief Justice misinterprets my comments concerning the morally repugnant nature of the evidence in this case. The law is clear that a jury should be instructed not to use evidence of propensity as evidence of guilt. However, my comments do not concern the instructions to be given by a trial judge to a jury, but rather, the task facing an appellate court. This task is not to consider what the jury may or may not have thought, but to examine whether the entire body of evidence before the jury was such that the court can be satisfied that a properly instructed and reasonably acting jury would reach the same conclusion. The presence of such evidence is thus crucial to a determination that the curative provision can be properly applied. In my view, the evidence before the Court in the present

Depuis que j'ai écrit ces motifs, j'ai pris connaissance de ceux du Juge en chef. Je suis d'accord avec son observation que la question clé dont est saisie notre Cour est de savoir s'il y a lieu d'appliquer la disposition réparatrice, et que cela (à la p. 706)

doit se faire en toute déférence pour la fonction de jury qui consiste à déterminer quelles dépositions de quels témoins il accepte, quel poids il y a lieu de leur accorder et, en définitive, s'il existe un doute raisonnable au sujet de la culpabilité de l'accusé.

Comme le souligne le Juge en chef, à la p. 710, il est bien établi en droit que les décisions quant à la crédibilité des témoins et quant au poids à accorder à la preuve sont «des questions qui, d'après les exigences du droit, de la justice et de l'intérêt public, doivent être soumises à l'appréciation d'un jury qui a reçu des directives appropriées.» Mes motifs ne dérogent pas à ces principes.

Je ne partage absolument pas l'avis du Juge en chef que cette cause en est une qui repose essentiellement sur une question de crédibilité. Dans la plupart, si ce n'est dans la totalité, des cas, un jury doit se prononcer sur la crédibilité, mais rien ne porte à croire qu'ici la crédibilité était plus en cause que dans toute autre affaire. La question litigieuse dont nous sommes saisis en est une non pas de crédibilité mais plutôt d'appréciation de la preuve dans son ensemble.

En toute déférence, je crois que le Juge en chef n'interprète pas correctement mes observations en ce qui concerne le sentiment de dégoût moral que suscite la preuve en l'espèce. Il est clairement établi en droit qu'il y a lieu de dire au jury qu'il ne doit pas se servir d'une preuve de propension comme preuve de culpabilité. Cependant, mes observations portent non pas sur les directives qu'un juge du procès doit donner au jury, mais plutôt sur la tâche qui incombe à une cour d'appel. Cette tâche consiste non pas à se demander ce que le jury peut avoir pensé ou non, mais à examiner si l'ensemble de la preuve dont était saisi le jury est de nature à convaincre la cour qu'un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement, arriverait à la même conclusion. La présence d'une telle preuve est donc cruciale pour

case is such that the curative provision should apply.

In the result, I would dismiss the appeal.

The judgment of Iacobucci and Sopinka JJ. was delivered by

IACOBUCCI J.—This appeal deals primarily with two questions: the rule of evidence which excludes evidence of an accused's bad character, and the adequacy of the trial judge's charge to the jury with respect to evidence that tends to show an accused's bad character.

I. Facts

F.F.B., the appellant, is the uncle of P.A.L., the complainant. The appellant lived with his sister E.L.'s family during the fifties and sixties in Nova Scotia. Mr. and Mrs. L. were rarely at home and F.F.B. was responsible for the care of the L.'s twelve children. P.A.L. testified that the appellant began abusing her physically and sexually when she was six to eight years old and continued to do so until she was sixteen, at which time the appellant left the L. household. P.A.L. testified that the sexual abuse began with kissing, escalated to sexual touching and culminated in sexual intercourse when she was ten years old.

The first incident of sexual intercourse allegedly resulted in P.A.L.'s hospitalization for twelve days with serious internal bleeding; she and the appellant both related at the time that she had injured herself while playing on the bannister of the front veranda. P.A.L. testified that a month after her return from the hospital, the appellant commenced to have sexual intercourse with her daily. P.A.L. gave birth to two sons at ages fifteen and sixteen, allegedly as a result of the sexual abuse by the appellant. Stories were apparently fabricated as to how these pregnancies occurred. P.A.L. was a shy person who had little contact outside the home; she

décider que la disposition réparatrice peut être proprement appliquée. À mon avis, la preuve dont est ici saisie notre Cour est telle qu'il y a lieu d'appliquer la disposition réparatrice.

En définitive, je rejeterais le pourvoi.

Version française du jugement des juges Sopinka et Iacobucci rendu par

LE JUGE IACOBUCCI—Ce pourvoi porte principalement sur deux questions: la règle de preuve qui exclut la preuve de la mauvaise moralité d'un accusé, ainsi que le caractère adéquat de l'exposé du juge au jury quant à la preuve qui tend à démontrer la mauvaise moralité d'un accusé.

I. Les faits

L'appellant, F.F.B., est l'oncle de la plaignante P.A.L. Pendant les années cinquante et soixante, il a vécu en Nouvelle-Écosse, avec la famille de sa sœur E.L. Monsieur et Madame L. étant rarement à la maison, F.F.B. était chargé de prendre soin de leurs douze enfants. P.A.L. a témoigné que l'appellant avait commencé à l'agresser physiquement et sexuellement vers l'âge de six à huit ans et qu'il avait continué de le faire jusqu'à ce qu'il quitte la maison, alors qu'elle était âgée de seize ans. Elle a expliqué que les agressions sexuelles avaient commencé par des baisers, pour passer ensuite à des attouchements et finalement à des rapports sexuels au moment où elle avait dix ans.

Les premiers rapports sexuels de P.A.L. auraient déclenché une grave hémorragie interne qui a nécessité son hospitalisation pendant douze jours; l'appellant et elle avaient tous deux raconté à l'époque qu'elle s'était blessée en jouant sur la rampe de la véranda à l'avant de la maison. P.A.L. a témoigné qu'un mois après son retour de l'hôpital, l'appellant avait commencé à avoir avec elle des rapports sexuels quotidiens. À l'âge de quinze et de seize ans, elle a donné naissance à deux fils par suite, a-t-on allégué, des agressions sexuelles dont elle avait été victime de la part de l'appellant. On avait apparemment inventé des histoires pour expliquer ces grossesses. Timide, P.A.L. n'avait que peu de contact à l'extérieur du foyer; elle a

testified that the appellant used constant threats and fear to enforce his will on her.

P.A.L. testified that during this period she was also subject to repeated physical assaults. She testified to several specific incidents: that the appellant once pushed her to the ground and stepped on her face; that the appellant seriously cut her leg with a broken milk bottle; that the appellant burned her with a cigarette butt; and that the appellant forced her to consume a bottle of castor oil which resulted in her miscarrying a child. She stated that she bears numerous scars which resulted from this abuse. She also testified that the other children in the household were physically abused and terrorized by the appellant.

In 1964, T.B., an older brother of P.A.L., caught the appellant having sexual intercourse with P.A.L. As a result, the appellant was forced to leave the L.'s household. In 1990, P.A.L. saw the appellant in a store. She testified that she decided then to report the alleged assaults to the police. As a result of this report, the appellant was charged with two counts of rape, three counts of assault, and one count of procuring a miscarriage. The appellant denied that any of the incidents described by P.A.L. occurred.

During the course of the trial, the judge decided on a *voir dire* not to admit the evidence of D.M.L. (the complainant's sister) that she too had been sexually assaulted by the appellant, on the ground that it fell within the similar fact evidence rule and its prejudicial effect was not outweighed by its probative value. However, testimony of the complainant's brothers and sisters was admitted with respect to the violent control that the appellant exerted within the household. The appellant was convicted by a jury on five of the six counts (he was found not guilty of the charge of procuring miscarriage). He was sentenced to a total period of incarceration of 13 years.

The appellant appealed his conviction to the Nova Scotia Court of Appeal on two grounds which were both dismissed. At the conclusion of

déclaré que l'appellant avait constamment recours aux menaces et à la peur pour l'obliger à se plier à sa volonté.

a P.A.L. a affirmé que, pendant cette période, elle avait aussi été agressée physiquement à maintes reprises. Elle a mentionné plusieurs incidents précis, notamment que l'appellant l'a déjà poussée au sol et lui a sauté à la figure, qu'il lui a fait une b profonde entaille à la jambe avec une bouteille de lait cassée, qu'il l'a brûlée avec un mégot de cigarette et qu'il l'a forcée à boire une bouteille d'huile de castor, ce qui a provoqué un avortement. Elle a c affirmé porter de nombreuses cicatrices résultant de ces sévices. Elle a également déclaré que les autres enfants de la maison avaient été maltraités et terrorisés par l'appellant.

d En 1964, T.B., un frère aîné de P.A.L., a surpris l'appellant en train d'avoir des rapports sexuels avec elle. À la suite de cette découverte, l'appellant a été obligé de quitter la maison des L. En 1990, P.A.L. l'a aperçu dans un magasin. C'est alors, a-t-elle dit, qu'elle a décidé de rapporter les prétendues agressions à la police. À la suite de cette démarche, l'appellant a fait l'objet de deux chefs d'accusation de viol, trois chefs d'agression et un chef d'avoir procuré un avortement. Il a nié que les incidents décrits par P.A.L. se soient produits.

Au cours du procès, le juge a décidé, après un voir-dire, de ne pas admettre le témoignage de D.M.L. (sœur de la plaignante) voulant qu'elle aussi ait été agressée sexuellement par l'appellant, pour le motif qu'il tombait sous le coup de la règle de preuve de faits similaires et que sa valeur probante ne l'emportait pas sur son effet préjudiciable. h Toutefois, le témoignage des frères et sœurs de la plaignante a été admis en ce qui a trait à la domination violente qu'exerçait l'appellant au sein du foyer. Celui-ci a été déclaré coupable par un jury quant à cinq des six chefs d'accusation (il a été i déclaré non coupable de l'accusation d'avoir procuré un avortement). Il a été condamné à purger une peine totale de 13 ans d'emprisonnement.

j L'appellant a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse en faisant valoir deux moyens qui ont été

oral argument, the Court of Appeal requested counsel to make further written submissions on two issues that had been raised in oral argument. One of these related to the admissibility of evidence given by P.A.L.'s brother, L.L., and her step-brother, T.B. The appellant sought to have declared inadmissible those parts of L.L.'s and T.B.'s testimony which related to assaults by the appellant on P.A.L.'s siblings. The appellant was not seeking to exclude the evidence of T.B. that he finally discovered the appellant sexually assaulting P.A.L. and drove F.F.B. out of the house. The appellant's appeal on this ground was dismissed, Chipman and Hallett J.J.A. concurring in separate reasons that the testimony of L.L. and T.B. was admissible. Jones J.A. dissented, holding that L.L.'s and T.B.'s evidence was inadmissible since it was too prejudicial in relation to its probative value, and because it did not come within the parameters of the similar fact exception to the rule which excludes evidence of the accused's bad character. The appellant has appealed the judgment of the Nova Scotia Court of Appeal on this point to this Court as of right, under s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

II. Relevant Legislation

Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* reads:

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

. . .

(b) may dismiss the appeal where

. . .

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

Section 691(1)(a) of the *Criminal Code* reads:

rejetés. Au terme des plaidoiries, la Cour d'appel a demandé aux avocats de présenter d'autres observations écrites sur deux questions qui avaient alors été soulevées. L'une se rapportait à l'admissibilité des témoignages du frère de P.A.L., L.L., et de son demi-frère, T.B. L'appelant voulait que soient déclarées inadmissibles les parties de ces témoignages de L.L. et de T.B. relatives aux agressions qu'il aurait commises contre les frères et sœurs de P.A.L. Il ne cherchait pas à faire exclure le témoignage de T.B. voulant que ce dernier l'ait finalement surpris en train d'agresser sexuellement P.A.L. et l'ait expulsé de la maison. Ce moyen d'appel de l'appelant a été rejeté, les juges Chipman et Hallett convenant, dans des motifs distincts, que les témoignages de L.L. et de T.B. étaient admissibles. Le juge Jones, dissident, a conclu que ces témoignages étaient inadmissibles parce qu'ils étaient trop préjudiciables par rapport à leur valeur probante, et qu'ils ne relevaient pas de l'exception, dite des faits similaires, à la règle d'exclusion de la preuve de la mauvaise moralité de l'accusé. L'appelant s'est pourvu de plein droit devant notre Cour à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse sur ce point, conformément à l'al. 691(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

f II. Les dispositions législatives pertinentes

Le sous-alinéa 686(1)b)(iii) du *Code criminel* dispose:

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

. . .

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

. . .

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

j L'alinéa 691(1)a) du *Code criminel* dispose quant à lui:

691. (1) A person who is convicted of an indictable offence and whose conviction is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents. . . .

III. Judgments of the Courts Below

1. *Nova Scotia Supreme Court, Trial Division*

As mentioned above, the appellant was convicted by a jury on five of the six counts and sentenced to a total period of incarceration of 13 years. Counsel for the appellant did not object to L.L.'s and T.B.'s testimony at trial and Nathanson J. did not make any ruling concerning the admissibility of that testimony. Neither did Nathanson J. make any reference to the use to which the jury could put L.L.'s and T.B.'s testimony in the charge to the jury.

2. *Nova Scotia Court of Appeal (1991), 107 N.S.R. (2d) 231*

L.L. did not give any testimony which directly corroborated any of the specific allegations made against the appellant by P.A.L. His testimony, and much of T.B.'s, concerned the abuse that they and the other siblings constantly suffered from the appellant. The appellant argued before the Nova Scotia Court of Appeal that this evidence was inadmissible because it tended to establish his bad character and did not fall within the similar fact evidence exception to the rule which excludes evidence of bad character. The appellant also argued that, even if the evidence was admissible, the jury should have been warned about the use to which L.L.'s and T.B.'s testimony could be put. Two judges of the Court of Appeal, Chipman and Hallett J.J.A., dismissed the appellant's appeal in separate opinions. One judge, Jones J.A., dissented and would have allowed the appeal.

691. (1) La personne déclarée coupable d'un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la cour d'appel peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada:

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident;

III. Les juridictions inférieures

1. *La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section de première instance*

Tel que mentionné précédemment, l'appelant a été déclaré coupable par un jury à l'égard de cinq des six chefs d'accusation et condamné à purger une peine totale de 13 ans d'emprisonnement. L'avocat de l'appelant ne s'est pas opposé, au procès, aux témoignages de L.L. et de T.B. et le juge Nathanson n'a rendu aucune décision quant à leur admissibilité. Le juge Nathanson n'a pas non plus, dans son exposé, dit au jury ce à quoi pouvait servir cette preuve.

2. *La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1991), 107 N.S.R. (2d) 231*

L.L. n'a, dans son témoignage, fait aucune déclaration corroborant directement les allégations précises faites contre l'appelant par P.A.L. Sa déposition et, en bonne partie, celle de T.B., ont porté sur les mauvais traitements qu'eux-mêmes et leurs autres frères et sœurs ont constamment subis de la part de l'appelant. Celui-ci a, devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, fait valoir que cette preuve était inadmissible parce qu'elle tendait à établir sa mauvaise moralité et ne tombaient pas sous le coup de l'exception, dite des faits similaires, à la règle d'exclusion de la preuve de mauvaise moralité. L'appelant a également soutenu que, même si cette preuve était admissible, le jury aurait dû être mis en garde quant à l'utilisation qu'il pouvait faire des témoignages de L.L. et de T.B. Deux juges de la Cour d'appel, les juges Chipman et Hallett, ont, dans des opinions séparées, rejeté l'appel de l'appelant. Le juge Jones, pour sa part, était dissident et aurait accueilli l'appel.

(a) Chipman J.A.

Chipman J.A. was of the opinion that the testimony of L.L. and T.B. was admissible as similar fact evidence. Chipman J.A. held that the test for admissibility of similar fact evidence is that its probative value, in relation to a fact in issue other than the accused's tendency to commit acts such as the offence charged, must outweigh its prejudicial effect. Since the appellant's counsel had not objected to the admissibility of L.L.'s or T.B.'s testimony at trial, the trial judge had not had the opportunity to evaluate explicitly the relevance of the evidence in question and its prejudicial effect. Chipman J.A. felt that it was therefore appropriate for the Court of Appeal to undertake this evaluation. Chipman J.A. held on this issue that the evidence was highly probative in that it established a pattern of dominant behaviour by the appellant which was relevant both to the credibility of the evidence given by P.A.L. (which Chipman J.A. described as "almost incredible") and to why she had waited so long before making a complaint to the police. Both P.A.L.'s credibility and the long delay in coming forward were put in issue at trial by the appellant. Chipman J.A. also held at p. 251 that there was "a degree of distinctiveness, uniqueness and striking similarity between the evidence relating to abuse of the siblings and the abuse which underlies the offences charged against the appellant."

As to the prejudicial effect of the evidence, Chipman J.A. held that it was slight or nonexistent in comparison to the probative value since the evidence put the appellant in a bad light only incidentally. The prejudicial effect of the evidence was further reduced by its contemporaneity with the events narrated by the complainant and by the fact that it did not bear the major burden of proving the Crown's case.

Chipman J.A. held that the evidence had such a high degree of relevance that a warning to the jury not to use the evidence to convict on the basis of a tendency to commit acts such as the offence charged, while desirable, was not necessary. This

a) Le juge Chipman

Le juge Chipman était d'avis que les témoignages de L.L. et de T.B. étaient admissibles à titre de preuve de faits similaires. Selon lui, le critère d'admissibilité de la preuve d'un fait similaire est que sa valeur probante, à l'égard d'un fait en litige autre que la tendance de l'accusé à commettre des actes semblables à l'infraction reprochée, doit l'emporter sur son effet préjudiciable. Étant donné que l'avocat de l'appelant ne s'était pas opposé au procès à l'admissibilité du témoignage de L.L. ou de celui de T.B., le juge du procès n'a pas eu l'occasion d'apprécier explicitement la pertinence de la preuve en question et son effet préjudiciable. Le juge Chipman a estimé qu'il convenait donc que la Cour d'appel le fasse. Sur ce point, il a conclu que la preuve était fort probante en ce qu'elle établissait l'existence chez l'appelant un mode de comportement dominant, qui était pertinent tant en ce qui concerne la crédibilité du témoignage de P.A.L. (qu'il a qualifié de [TRADUCTION] «quasi incroyable») qu'en ce qui a trait aux raisons qui l'ont incitée à attendre si longtemps avant de porter plainte à la police. L'appelant a soulevé au procès les questions de la crédibilité de P.A.L. et du long délai qui s'est écoulé avant qu'elle agisse. Le juge Chipman a également conclu, à la p. 251, qu'il y avait [TRADUCTION] «une particularité et une similarité frappante entre la preuve relative aux mauvais traitements dont auraient été victimes les frères et sœurs et ceux qui sont à l'origine des accusations portées contre l'appelant.»

Quant à l'effet préjudiciable de la preuve, le juge Chipman l'a estimé minime ou inexistant par rapport à sa valeur probante puisque ce n'est qu'indirectement qu'elle montrait l'appelant sous un mauvais jour. L'effet préjudiciable de la preuve était davantage atténué par sa contemporanéité avec les événements relatés par la plaignante et par le fait que ce n'est pas sur elle que reposait la preuve principale de la poursuite.

Le juge Chipman a conclu que la preuve était à ce point pertinente que, bien que cela eût été souhaitable, il n'était pas nécessaire de prévenir le jury de ne pas l'utiliser pour prononcer une déclaration de culpabilité fondée sur la tendance à com-

conclusion with respect to the substantial relevance of the evidence was supported by the fact that the appellant's counsel did not object to it and did not, when given the opportunity, ask the judge to make a further comment on this evidence to the jury.

Finally, Chipman J.A. held at p. 254 that the "evidence pointing to the appellant's guilt is such that I have no doubt but that had appropriate caution been given, the result would necessarily have been the same; verdicts of guilty on the five counts. I would, if necessary, apply s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*."

(b) Hallett J.A.

Hallett J.A. agreed with Chipman J.A.'s disposition of the appeal, at p. 255, but would have found the testimony of L.L. and T.B. admissible "simply because it was relevant and highly probative to explain to the jury how these assaults ... could have occurred and continued over so many years in this crowded household and nothing was ever said." Hallett J.A. wrote at pp. 255-56:

The evidence disclosed that Mr. (L.) was rarely home and Mrs. (L.) was generally at work which left the appellant in charge of these young children. Without the evidence of his cruelty to these captive children and the total domination of them as a result of their fear of him, there is no explanation of why none of the children, including (P.A.L.), ever spoke of what was taking place. It is relevant and probative because without it this horror story, cloaked in secrecy for some 25 years, would not seem credible.

Hallett J.A. held that the rule excluding evidence of bad character did not apply since the evidence had not been adduced solely to show that the appellant had a bad disposition.

(c) Jones J.A., dissenting

Jones J.A. would have ordered a new trial on the grounds that the testimony of L.L. and T.B. was

mettre des actes semblables à l'infraction reprochée. Cette conclusion quant à la grande pertinence de la preuve était justifiée par le fait que l'avocat de l'appelant ne s'y était pas opposé et qu'il n'avait pas, lorsqu'il en avait eu la possibilité, demandé au juge de faire au jury des observations supplémentaires sur cette preuve.

Enfin, le juge Chipman a conclu, à la p. 254, que [TRADUCTION] «la preuve tendant à établir la culpabilité de l'appelant est telle que je n'ai aucun doute que, même si une mise en garde appropriée avait été faite, le résultat aurait nécessairement été le même, soit des verdicts de culpabilité quant aux cinq chefs d'accusation. J'appliquerais, au besoin, le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.»

b) Le juge Hallett

Le juge Hallett s'est dit d'accord, à la p. 255, avec la façon dont le juge Chipman a tranché l'appel, mais il aurait conclu à l'admissibilité des témoignages de L.L. et de T.B. [TRADUCTION] «pour la simple raison qu'ils étaient pertinents et fort probants pour ce qui était d'expliquer au jury pourquoi ces agressions ont pu, malgré la promiscuité qui régnait dans cette maison, se produire et continuer pendant tant d'années sans qu'on ne dise rien.» Le juge Hallett a écrit, aux pp. 255 et 256:

[TRADUCTION] Il ressort de la preuve que M. (L.) était rarement à la maison et que M^{me} (L.) était généralement au travail, ce qui laissait à l'appelant la responsabilité de ces jeunes enfants. Sans la preuve de sa cruauté envers ces enfants captifs et de leur domination totale en raison de la peur qu'ils avaient de lui, rien ne peut expliquer pourquoi aucun d'eux, y compris (P.A.L.), n'a jamais parlé de ce qui se passait. Cette preuve est pertinente et probante parce que, sans elle, cette histoire d'horreur, cachée pendant 25 ans, ne semblerait pas crédible.

Le juge Hallett a estimé que la règle d'exclusion de la preuve de mauvaise moralité ne s'appliquait pas parce que les témoignages n'avaient pas été présentés à seule fin de démontrer le mauvais caractère de l'appelant.

c) Le juge Jones, dissident

Le juge Jones aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que les témoignages de

improperly admitted. Jones J.A. held that this evidence should have been excluded on the ground that it was not similar fact evidence but simply evidence of assaults on L.L. Jones J.A. held that L.L.'s and much of T.B.'s testimony had no relevance to the case and was highly prejudicial as showing bad character. Failure of counsel to object to the evidence did not relieve the trial judge of a duty to exclude it.

Jones J.A. would not have applied s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. Jones J.A. held that the evidence was highly inflammatory and might have affected the minds of the jury adversely. On the other hand, the evidence which was properly admissible was not "so overwhelming that the jury would have convicted on all of the counts."

IV. Issues

There are four issues in this appeal:

1. Did the trial judge err in admitting the evidence given by L.L. and T.B. on the ground that it was oath-helping evidence?

2. Did the trial judge err in admitting the evidence given by L.L. and T.B. on the grounds that the evidence was irrelevant to any issue other than the appellant's character or that its prejudicial value outweighed its probative value?

3. If the evidence was admissible, did the trial judge err in not giving the jury special instructions about the use they could make of L.L.'s and T.B.'s testimony?

4. Even if the trial judge erred in admitting the evidence or in not properly charging the jury, should the appeal be dismissed under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* on the ground that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred?

L.L. et de T.B. ont été admis à tort. Il a conclu que cette preuve aurait dû être exclue parce qu'il s'agissait non pas d'une preuve de faits similaires, mais simplement de la preuve des agressions dont a été victime L.L. Le juge Jones a statué que le témoignage de L.L. et, en bonne partie, celui de T.B. n'avaient aucune pertinence en l'espèce et qu'ils étaient fort préjudiciables du fait qu'ils établissaient la mauvaise moralité. Quant à l'omission de l'avocat de s'opposer à cette preuve, elle n'a pas dégagé le juge du procès de l'obligation de l'exclure.

Le juge Jones n'aurait pas appliqué le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Il a estimé que cette preuve était extrêmement incendiaire et qu'elle aurait pu influencer négativement les jurés. En revanche, la preuve légitimement admissible n'était pas [TRADUCTION] «à ce point accablante que le jury aurait rendu un verdict de culpabilité quant à tous les chefs.»

IV. Les questions en litige

Il y a quatre questions en litige dans ce pourvoi:

1. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant les témoignages de L.L. et de T.B., pour le motif qu'il s'agissait d'une preuve justificative?

2. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant les témoignages de L.L. et de T.B., pour le motif que cette preuve n'était pertinente qu'en ce qui concernait la moralité de l'appelant, ou que son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante?

3. Si la preuve était admissible, le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne donnant pas au jury des directives particulières quant à l'utilisation qu'il pouvait faire des témoignages de L.L. et de T.B.?

4. Même si le juge du procès a commis une erreur en admettant la preuve ou en ne donnant pas de directives appropriées au jury, le pourvoi devrait-il être rejeté en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, pour le motif qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne se sont produits?

V. Analysis1. *Did the Trial Judge Err in Admitting the Evidence Given by L.L. and T.B. on the Ground that it was Oath-helping Evidence?*

As already mentioned, this case was appealed to this Court as of right, under s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*. That section allows appeals “on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents.” Jones J.A., in the Court of Appeal, dissented on the grounds that the testimony of L.L. and much of the testimony of T.B. was inadmissible since it was not relevant to the case and was highly prejudicial. The question of whether or not the evidence was inadmissible on the ground of being oath-helping evidence was not discussed by the Court of Appeal, and therefore was not a “question of law on which a judge of the court of appeal dissent[ed].” Consequently, the appellant cannot raise this as an issue before this Court.

In any event, there is no merit to the appellant’s submission. The rule against oath-helping prohibits a party from presenting evidence solely for the purpose of bolstering a witness’ credibility before that witness’ credibility is attacked. This type of evidence is of the sort that would tend to prove the truthfulness of the witness, rather than the truth of the witness’ statements. It includes psychiatric evidence that the witness is likely to tell the truth in court (see, e.g., *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103 (Ont. C.A.)), evidence of good character called solely to illustrate that a witness is likely telling the truth (see, e.g., *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224 (Alta. C.A.)) and polygraph evidence (see, e.g., *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398). The testimony of L.L. and T.B. made no reference to the truthfulness or good character of the complainant, or of themselves. Their evidence was rather corroborative of an issue in the trial that was raised in P.A.L.’s testimony, namely the system of violent domination that the appellant used to control the members of the L. household. While L.L.’s and T.B.’s evidence shored up P.A.L.’s credibility

V. Analyse1. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant les témoignages de L.L. et de T.B., pour le motif qu’il s’agissait d’une preuve justificative?*

Tel que mentionné précédemment, ce pourvoi a été formé de plein droit devant notre Cour, conformément à l’al. 691(1)a) du *Code criminel*. Cette disposition permet qu’un appel soit interjeté «sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d’appel est dissident». En Cour d’appel, le juge Jones a exprimé une dissidence pour le motif que le témoignage de L.L. et, en grande partie, celui de T.B. étaient inadmissibles parce qu’ils n’étaient pas pertinents en l’espèce et qu’ils étaient fort préjudiciables. La question de savoir si ces témoignages étaient inadmissibles parce qu’ils constituaient une preuve justificative n’a pas été examinée par la Cour d’appel et n’était donc pas une «question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d’appel [était] dissident». En conséquence, l’appellant ne peut soulever ce point devant notre Cour.

Quoi qu’il en soit, l’argument de l’appellant n’est pas fondé. La règle interdisant les témoignages justificatifs vise à empêcher une partie de produire une preuve destinée uniquement à renforcer la crédibilité d’un témoin avant que celle-ci ne soit attaquée. Ce type de preuve tendrait à établir la franchise du témoin plutôt que la véracité de ses déclarations. Tel est le cas notamment de la preuve psychiatrique que le témoin est susceptible de dire la vérité en cour (voir, par ex., *R. c. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103 (C.A. Ont.)), de la preuve de bonne moralité présentée à seule fin de montrer qu’un témoin dira vraisemblablement la vérité (voir, par ex., *R. c. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224 (C.A. Alb.)) et de la preuve obtenue au moyen d’un détecteur de mensonges (voir, par ex., *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398). Il n’était pas question, dans les témoignages de L.L. et de T.B., de leur propre franchise ou bonne moralité, ni de celles de la plaignante. Leurs témoignages corroboraient plutôt une question que P.A.L. avait soulevée dans son témoignage au procès, savoir le régime de domination violente auquel l’appellant

by implication, it was not called solely or even primarily for that purpose. It was not, therefore, oath-helping evidence.

2. *Did the Trial Judge Err in Admitting the Evidence Given by L.L. and T.B. on the Grounds that the Evidence was Irrelevant to any Issue other than the Appellant's Character or that its Prejudicial Value Outweighed its Probative Value?*

The basic rule of evidence in Canada is that all relevant evidence is admissible unless it is barred by a specific exclusionary rule. One such exclusionary rule is that character evidence which shows only that the accused is the type of person likely to have committed the offence in question is inadmissible. As Lamer J. (as he then was) wrote for this Court in *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, at pp. 201-2:

Thus came about, as a primary rule of exclusion, the following: disposition, *i.e.*, the fact that the accused is the sort of person who would be likely to have committed the offence, although relevant, is not admissible. As a result evidence adduced solely for the purpose of proving disposition is itself inadmissible, or, to put it otherwise, evidence the sole relevancy of which to the crime committed is through proof of disposition, is inadmissible.

However, evidence which tends to show that the accused is a person of bad character but which is also relevant to a given issue in the case does not fall within this exclusionary rule. As Lamer J. went on to write at p. 202:

This is not to say that evidence which is relevant to a given issue in a case will of necessity be excluded merely because it also tends to prove disposition. Such evidence will be admitted subject to the judge weighing its probative value to that issue (*e.g.*, identity), also weighing its prejudicial effect, and then determining its admissibility by measuring one to the other.

recourait pour contrôler les membres de la famille L. Bien que les témoignages de L.L. et de T.B. aient implicitement renforcé la crédibilité de P.A.L., ce n'est pas uniquement ni même essentiellement dans ce but que cette preuve a été présentée. Il ne s'agissait donc pas de témoignages justificatifs.

2. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant les témoignages de L.L. et de T.B., pour le motif que cette preuve n'était pertinente qu'en ce qui concernait la moralité de l'appellant, ou que son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante?*

Au Canada, la règle de preuve fondamentale est que toute preuve pertinente est admissible à moins d'être écartée par une règle d'exclusion précise. L'une de ces règles d'exclusion rend inadmissible la preuve de moralité qui démontre seulement que l'accusé est le genre de personne susceptible d'avoir commis l'infraction en cause. Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l'a écrit au nom de notre Cour dans l'arrêt *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, aux pp. 201 et 202:

D'où l'avènement de ce qui suit, comme règle d'exclusion fondamentale: la propension, *c.-à-d.* le fait que l'accusé est le type de personne susceptible de commettre l'infraction en cause, bien que pertinente, n'est pas admissible en preuve. Par conséquent, est inadmissible la preuve produite à seule fin d'établir la propension; en d'autres termes, est inadmissible la preuve dont l'unique lien avec l'infraction perpétrée est qu'elle établit la propension.

Toutefois, cette règle d'exclusion ne vise pas la preuve qui tend à démontrer que l'accusé est une personne de mauvaise moralité, mais qui se rapporte également à une question litigieuse précise en l'espèce. Le juge Lamer ajoute ensuite, à la p. 202:

Cela ne signifie pas qu'une preuve qui se rapporte à une question litigieuse donnée sera nécessairement exclue simplement parce qu'elle tend également à établir la propension. Une telle preuve sera recevable à la condition que le juge en détermine d'abord la recevabilité en comparant sa valeur probante relativement à la question soulevée (par exemple, l'identité) et l'effet préjudiciable qu'elle risque d'avoir.

Accordingly, evidence which tends to show bad character or a criminal disposition on the part of the accused is admissible if (1) relevant to some other issue beyond disposition or character, and (2) the probative value outweighs the prejudicial effect. ^a

It is indisputable that the evidence of L.L. and T.B. tends to show that the appellant is a person of bad character, with a propensity for violence. ^b However, there are two questions to be answered: first, is their evidence relevant to some issue other than the appellant's character, and second, does the probative value of the evidence outweigh its prejudicial effect? ^c

Was the testimony of L.L. and T.B. relevant to some issue other than the appellant's character? The respondent argues, and both Chipman and Hallett J.J.A. held, that the testimony of L.L. and T.B. was relevant to establishing a pattern of dominant behaviour by the appellant which was relevant both to the credibility of the evidence given by P.A.L. and to why she had waited so long before making a complaint to the police. Both P.A.L.'s credibility and her long delay in coming forward were put in issue by the appellant. The respondent also argues that the appellant raised innocent association as a defence and that L.L.'s and T.B.'s testimony was admissible to rebut that defence. But the appellant argues that his only defence was that he did not commit the offences with which he was charged to which the evidence in question is irrelevant. ^d

However, both the opening and closing remarks to the jury by counsel for the appellant reveal that the appellant did not assert solely that he did not commit the offences in question. Counsel for the appellant claimed that the appellant was simply a benevolent baby-sitter who looked after the children as a favour to his sister, raising the defence of innocent association. In his closing remarks, counsel for the appellant emphasized that the appellant "did nothing more than assist them [the L.s] in their times of need, when money was tight". Coun- ^e

Par conséquent, la preuve qui tend à démontrer la mauvaise moralité de l'accusé ou l'existence chez lui d'une propension criminelle est admissible (1) si elle a rapport à une autre question litigieuse que la propension ou la moralité, et (2) si sa valeur probante l'emporte sur son effet préjudiciable.

Les témoignages de L.L. et de T.B. tendent incontestablement à établir la mauvaise moralité et la propension à la violence de l'appelant. Cependant, deux questions se posent: premièrement, ont-ils un rapport avec une autre question litigieuse que la moralité de l'appelant, et deuxièmement, la valeur probante de cette preuve l'emporte-t-elle sur son effet préjudiciable? ^b

Les témoignages de L.L. et de T.B. ont-ils un rapport avec une autre question litigieuse que la moralité de l'appelant? L'intimée soutient, et les juges Chipman et Hallett ont conclu, que les témoignages de L.L. et de T.B. étaient pertinents pour établir l'existence, chez l'appelant, d'un mode de comportement dominant qui était pertinent tant en ce qui concerne la crédibilité du témoignage de P.A.L. qu'en ce qui a trait aux raisons pour lesquelles elle avait attendu si longtemps avant de porter plainte à la police. L'appelant a soulevé les deux questions de la crédibilité de P.A.L. et du long délai qui s'est écoulé avant qu'elle agisse. L'intimée fait également valoir que l'appelant a opposé les rapports innocents comme moyen de défense et que les témoignages de L.L. et de T.B. étaient admissibles pour repousser ce moyen. Mais l'appelant soutient qu'il a seulement opposé comme moyen de défense qu'il n'avait pas commis les infractions dont il était accusé, ce avec quoi la preuve en cause n'a rien à voir. ^c

Il ressort toutefois des remarques préliminaires et des remarques finales que son avocat a faites au jury que l'appelant n'a pas seulement affirmé qu'il n'avait pas commis les infractions en cause. L'avocat de l'appelant a prétendu que ce dernier n'était qu'un gardien bénévole qui prenait soin des enfants pour rendre service à sa sœur, soulevant ainsi le moyen de défense fondé sur les rapports innocents. Dans ses remarques finales, l'avocat de l'appelant a souligné que celui-ci [TRADUCTION] «n'a fait que les aider [les L.] au moment où ils ^d

sel for the appellant also attempted to destroy the complainant's credibility by questioning why she delayed so long in bringing charges, whether her mind was stable given the atmosphere in which she grew up, and how the offences charged by the complainant could have occurred without someone knowing or saying something about it given the crowded conditions of the house. For example, counsel for the appellant addressed the jury as follows in his opening remarks:

How could all of this have happened without someone knowing about it, without someone saying something about it and why is it being said now.

This theme was repeated during counsel's closing remarks. Counsel for the appellant also emphasized throughout the trial that the complainant's mother was abusive towards her children and might be the party actually responsible for the complainant's physical injuries.

Given these various theories raised by counsel for the appellant at trial, it is apparent that the testimony of L.L. and T.B. was relevant to several important issues. The evidence was not tendered solely to show that the appellant was the sort of person likely to commit the offences charged but to rebut the defence of innocent association, to demonstrate the system of violent control that F.F.B. exercised over the family which would explain why the abuse was allowed to occur and why the complainant was too frightened to press charges until much later, and to counter the suggestion that Mrs. L. was responsible for the complainant's physical injuries.

The second question to ask is: does the probative value of L.L.'s and T.B.'s testimony outweigh its prejudicial effect? As Chipman J.A. indicated in the Court of Appeal, counsel for the appellant did not object to the evidence at trial and the trial judge did not therefore make an explicit ruling on

étaient dans le besoin, quand l'argent était rare». L'avocat de l'appelant a également tenté de détruire la crédibilité de la plaignante en l'interrogeant sur les motifs qui l'avaient incitée à attendre si longtemps avant de porter des accusations et sur son équilibre mental compte tenu de l'atmosphère dans laquelle elle avait grandi, et en lui demandant aussi comment les infractions reprochées avaient pu se produire, dans une maison où régnait la promiscuité, sans que personne ne sache ou ne dise quoi que ce soit à ce sujet. Par exemple, dans ses remarques préliminaires, l'avocat de l'appelant s'est adressé au jury en ces termes:

[TRADUCTION] Comment tout cela a-t-il pu se produire sans que personne ne le sache, sans que personne ne dise quoi que ce soit à ce propos et pourquoi en parle-t-on maintenant?

Il a repris ce thème dans ses remarques finales. Pendant tout le procès, l'avocat de l'appelant a aussi insisté sur le comportement abusif de la mère envers ses enfants et sur le fait qu'elle pourrait bien être la vraie responsable des lésions corporelles de la plaignante.

Étant donné ces diverses hypothèses soulevées au procès par l'avocat de l'appelant, il appert que les témoignages de L.L. et de T.B. étaient pertinents quant à plusieurs questions litigieuses importantes. Cette preuve a donc été présentée non pas seulement pour montrer que l'appelant était le genre de personne susceptible de commettre les infractions reprochées, mais encore pour repousser le moyen de défense fondé sur les rapports innocents, démontrer l'existence du régime de domination violente que F.F.B. exerçait sur la famille, ce qui expliquerait pourquoi les agressions ont pu se produire et pourquoi la plaignante était effrayée au point de ne porter des accusations que beaucoup plus tard, et réfuter la prétention que M^{me} L. était responsable des lésions corporelles de la plaignante.

La seconde question est de savoir si la valeur probante des témoignages de L.L. et de T.B. l'emporte sur leur effet préjudiciable. Comme l'a indiqué le juge Chipman de la Cour d'appel, l'avocat de l'appelant ne s'est pas opposé à la présentation de cette preuve au procès, si bien que le juge

its admissibility. Chipman J.A. undertook to evaluate the evidence in the absence of an evaluation by the trial judge, and determined that the probative value was high while the prejudicial effect was low. He therefore held that the evidence was admissible.

Where the evidence sought to be adduced by the prosecution concerns “a morally repugnant act committed by the accused, the potential prejudice is great and the probative value of the evidence must be high indeed to permit its reception” (*per* McLachlin J. in *R. v. B.* (C.R.), [1990] 1 S.C.R. 717, at p. 735).

With respect to the evidence in question in this case, it is clearly probative of those aspects of the case which the Crown wishes to prove in response to the issues raised by counsel for the appellant. The appellant’s acts of physical violence related by L.L. and T.B. and the fear that the appellant nourished in the children in order to control them are similar to the account given by the complainant of the physical abuse she suffered from the appellant and the terror she felt of him. The evidence given by L.L. and T.B. concerns events that were contemporaneous with the offences charged by the complainant, and offers valid explanations for many of the issues raised by the appellant at trial. In my opinion, although there is prejudice to the appellant involved, the probative value of L.L.’s and T.B.’s testimony outweighs its prejudicial effect and was properly admitted by the trial judge as relevant evidence of which the probative value is not outweighed by its prejudicial effect.

3. *If the Evidence was Admissible, did the Trial Judge Err in Not Giving the Jury Special Instructions about the Use They Could Make of L.L.’s and T.B.’s Testimony?*

It is an obligation on trial judges that they properly instruct juries as to the use that those juries can make of evidence which is highly prejudicial to an accused in relation to the accused’s character. In the case at bar the trial judge did not charge the

du procès n’a pas statué explicitement sur son admissibilité. Le juge Chipman a entrepris d’évaluer la preuve en l’absence d’une évaluation par le juge du procès et il a décidé que sa valeur probante était grande alors que son effet préjudiciable était faible. Il a donc conclu à son admissibilité.

Lorsque la preuve que la poursuite veut présenter est la preuve d’«un acte moralement répugnant commis par l’accusé, le préjudice qui peut en résulter est grave et la valeur probante de la preuve doit vraiment être grande pour permettre sa réception» (le juge McLachlin, dans l’arrêt *R. c. B.* (C.R.), [1990] 1 R.C.S. 717, à la p. 735).

En ce qui concerne la preuve en cause en l’espèce, elle est manifestement probante quant aux aspects que le ministère public veut établir en réponse aux questions soulevées par l’avocat de l’appellant. Les actes de violence physique que L.L. et T.B. ont attribués à l’appellant et la peur que ce dernier entretenait chez les enfants pour les contrôler sont similaires aux mauvais traitements physiques que la plaignante a dit avoir subis de la part de l’appellant et à la terreur qu’elle éprouvait à son égard. Les témoignages de L.L. et de T.B. portent sur des événements qui se sont produits à l’époque des infractions reprochées par la plaignante, et ils offrent des explications valables relativement à un bon nombre des questions litigieuses soulevées par l’appellant au procès. À mon avis, bien que l’appellant subisse un préjudice, la valeur probante des témoignages de L.L. et de T.B. l’emporte sur leur effet préjudiciable et c’est à juste titre qu’ils ont été admis par le juge du procès à titre de preuve pertinente dont l’effet préjudiciable ne l’emporte pas sur la valeur probante.

3. *Si la preuve était admissible, le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne donnant pas au jury des directives particulières quant à l’utilisation qu’il pouvait faire des témoignages de L.L. et de T.B.?*

Il incombe au juge du procès de donner aux jurés des directives appropriées quant à l’utilisation qu’ils peuvent faire de la preuve qui est fortement préjudiciable à l’accusé sur le plan de sa moralité. En l’espèce, le juge du procès n’a pas

jury with respect to the use they could make of L.L.'s and T.B.'s testimony. Given that the testimony might have a strong prejudicial effect on the jury and that the jury might then convict on the basis that the accused is a bad person of the sort likely to commit the offences in question, clear directions to the jury about the use that they could make of the testimony were essential. More specifically, the judge was required to explain clearly in the instructions to the jurors that they must not infer from the evidence that tended to show the appellant's bad character that the appellant was guilty because he is the sort of person who is likely to commit the offences in question.

The respondent argues that this type of instruction is a "special" instruction so that the trial judge's failure to properly charge the jury in this respect is not a reversible error of law. However, in *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, this Court directed that a new trial be held where the trial judge had not charged the jury properly with respect to the use they could make of evidence admitted as an exception to the bad character evidence exclusionary rule. Sopinka J. wrote for the majority that the trial judge's instruction to the jury is necessary to counteract three possible effects of the evidence on the jury: that the jury might convict based on propensity, that the jury might convict to punish for past acts, and that the jury might become confused and substitute a verdict with respect to the past acts for a verdict on the charges in issue. In light of the seriousness of these possible consequences, Sopinka J. held at p. 128:

... the trial judge should charge the jury in a manner that will minimize as far as possible the dangers referred to above. The jury should be instructed that if it accepts the evidence of the similar acts, that evidence is relevant for the limited purpose for which it was admitted. The jury must be specifically warned that it is not to rely on the evidence as proof that the accused is the sort of person who would commit the offence charged and on that basis infer that the accused is, in fact, guilty of the offence charged.

donné de directives au jury en ce qui concerne l'utilisation qu'il pouvait faire des témoignages de L.L. et de T.B. Étant donné que ces témoignages pourraient avoir un effet fortement préjudiciable sur le jury qui pourrait alors prononcer un verdict de culpabilité pour le motif que l'accusé est le genre de mauvaise personne susceptible de commettre les infractions en cause, il était essentiel de donner au jury des directives claires quant à l'utilisation qu'il pouvait faire de cette preuve. Plus précisément, le juge était tenu, dans ses directives, d'expliquer clairement aux jurés qu'ils ne devaient pas déduire de la preuve qui tendait à démontrer la mauvaise moralité de l'appelant que celui-ci était coupable parce qu'il est le genre de personne susceptible de commettre les infractions en cause.

L'intimée fait valoir qu'il s'agit là d'une directive «particulière», de sorte que l'omission du juge du procès de bien instruire le jury à cet égard n'est pas une erreur de droit justifiant une annulation. Toutefois, dans l'arrêt *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, notre Cour a ordonné la tenue d'un nouveau procès dans un cas où le juge du procès n'avait pas donné au jury de directives appropriées quant à l'utilisation qu'il pouvait faire d'une preuve admise à titre d'exception à la règle d'exclusion de la preuve de mauvaise moralité. Le juge Sopinka a affirmé, au nom de la Cour à la majorité, que les directives au jury sont nécessaires pour contrer trois effets possibles de la preuve sur le jury: elle peut l'amener à prononcer une déclaration de culpabilité en se fondant sur une propension, à prononcer une déclaration de culpabilité afin de punir pour des actes antérieurs, ou à s'embrouiller et à substituer un verdict relatif aux actes antérieurs à un verdict concernant les accusations en cause. Vu la gravité de ces conséquences possibles, le juge Sopinka conclut, à la p. 128:

... le juge du procès doit donner ses directives au jury d'une manière qui réduira autant que possible les dangers susmentionnés. Il doit dire au jury que s'il accepte la preuve des actes similaires, cette preuve ne s'applique qu'aux fins limitées pour lesquelles elle a été admise. Il faut lui préciser qu'il ne doit pas considérer que cette preuve établit que l'accusé est le genre de personne qui commettrait l'infraction en question et en déduire que l'accusé est en fait coupable de cette infraction.

The concern is that the evidence of bad character is potentially so inflammatory that without proper instructions, a jury may misuse the evidence and an accused may thereby be convicted unfairly. This concern arises not only with similar fact evidence but also with evidence that is of a highly prejudicial nature with respect to the accused's character as in the case at bar. Given that this Court ordered a new trial in *R. v. D. (L.E.)*, *supra*, partially on the ground that the trial judge did not adequately instruct the jury with respect to the limited use they could make of evidence tending to show the accused's bad character, there is no support for the respondent's argument that lack of proper instruction is not a reversible error of law and not ground for a new trial.

In the case at bar, the trial judge admitted the testimony of L.L. and T.B. at large. He did not instruct the jury as to the use they could make of L.L.'s and T.B.'s testimony, although he did caution the jury against using a conviction on one count as evidence of propensity to commit the other counts. The prejudicial effect of that testimony was high enough that lack of proper instruction may have resulted in unfair guilty verdicts. There is no assurance that the jury properly interpreted the evidence in question in the absence of specific instructions by the trial judge. On this ground, therefore, the appeal should be allowed and a new trial ordered.

It should be noted that Chipman J.A. considered the adequacy of the trial judge's charge to the jury. Chipman J.A. held that the trial judge had not commented on the limited use to which the evidence could be put since counsel for the appellant had raised no objection to the testimony and had not requested any special instructions. However, as Jones J.A. pointed out, it is the duty of the trial judge to consider the admissibility of all evidence and to charge the jury properly: absence of com-

Ce qu'on craint c'est que la preuve de mauvaise moralité soit tellement incendiaire que, faute de directives appropriées, le jury utilise mal la preuve et qu'un accusé soit ainsi déclaré coupable injustement. Cette crainte découle non seulement de la preuve de faits similaires mais aussi de la preuve de nature fortement préjudiciable relativement à la moralité de l'accusé, comme c'est le cas en l'espèce. Puisque notre Cour a ordonné un nouveau procès dans l'affaire *R. c. D. (L.E.)*, précitée, en partie parce que le juge du procès n'avait pas donné au jury des directives appropriées quant à l'utilisation limitée qu'il pouvait faire de la preuve tendant à établir la mauvaise moralité de l'accusé, rien ne justifie l'argument de l'intimée selon lequel l'absence de directives appropriées n'est pas une erreur de droit justifiant une annulation et ne justifie pas un nouveau procès.

En l'espèce, le juge du procès a admis de façon générale les témoignages de L.L. et de T.B. Il n'a pas donné de directives au jury quant à l'utilisation qu'il pouvait faire de cette preuve, quoiqu'il ait mis le jury en garde contre l'utilisation d'une déclaration de culpabilité relative à un chef comme preuve d'une propension à commettre les infractions reprochées dans les autres chefs. L'effet préjudiciable de ces témoignages était suffisamment grand pour que l'absence de directives appropriées ait pu entraîner des verdicts de culpabilité injustes. En l'absence de directives précises du juge du procès, rien ne garantit que le jury a correctement interprété la preuve en cause. Pour ce motif, il y a donc lieu d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Il y a lieu de noter que le juge Chipman a examiné si l'exposé du juge du procès au jury était adéquat. Il a conclu que le juge du procès n'avait pas parlé de l'utilisation limitée qui pouvait être faite de la preuve, étant donné que l'avocat de l'appelant ne s'était pas opposé à ces témoignages et n'avait pas demandé de directives particulières. Toutefois, comme l'a souligné le juge Jones, c'est au juge du procès qu'il incombe d'examiner l'admissibilité de tous les éléments de preuve et de donner au jury des directives appropriées: l'absence d'observation ou d'objection de la part de

ment or objection by counsel for the accused does not vitiate this duty.

Chipman J.A.'s next point was that the trial judge had cautioned the jury that they could not use a conviction on one count before them as evidence of propensity to commit the other counts and that they could only make limited use of the evidence of the appellant's prior convictions. In my opinion, however, this does not cure the charge of its faults with respect to the testimony of L.L. and T.B. which, owing to its prejudicial nature, should have been specifically addressed.

Finally, Chipman J.A. held that the testimony in question had such a high degree of relevance that a charge to the jury, while desirable, was not necessary. With respect, there is no connection between the degree of relevancy of the evidence and the need for instructions as to the use that could be made of the testimony since highly relevant evidence could still be extremely prejudicial to the accused and be misused by the jury in reaching their verdict.

4. *Even if the Trial Judge Erred in Admitting the Evidence or in not Properly Charging the Jury, Should the Appeal Be Dismissed under s. 686(1)(b)(iii) of the Criminal Code, on the Ground that No Substantial Wrong or Miscarriage of Justice Has Occurred?*

Chipman J.A. held that, even if the evidence was improperly admitted or the jury was improperly charged, he would apply s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, to dismiss the appeal and leave the guilty verdicts intact. He was of the opinion, at p. 254, that the evidence pointing to the accused's guilt was "such that I have no doubt but that had appropriate caution been given, the result would necessarily have been the same; verdicts of guilty on the five counts."

l'avocat de l'accusé n'a pas pour effet de supprimer cette obligation.

Le juge Chipman a fait ensuite remarquer que le juge du procès avait prévenu les jurés qu'ils ne pouvaient pas se servir d'une déclaration de culpabilité relative à un chef d'accusation dont ils étaient saisis, comme preuve de la propension à commettre les infractions reprochées dans les autres chefs, et qu'ils ne pouvaient faire qu'un usage limité de la preuve des déclarations de culpabilité antérieures de l'appelant. À mon avis, cependant, cela ne remédie pas aux lacunes de l'exposé à l'égard des témoignages de L.L. et de T.B., qui, en raison de leur nature préjudiciable, auraient dû être abordés explicitement.

Enfin, le juge Chipman a statué que les témoignages en question étaient si pertinents, qu'aussi souhaitable fût-il, un exposé au jury n'était pas nécessaire. En toute déférence, il n'y a aucun lien entre le degré de pertinence de la preuve et la nécessité de donner des directives quant à l'utilisation qui pouvait être faite des témoignages, étant donné qu'une preuve fortement pertinente pouvait néanmoins être extrêmement préjudiciable à l'accusé et que les jurés pouvaient en faire une mauvaise utilisation en prononçant leur verdict.

4. *Même si le juge du procès a commis une erreur en admettant la preuve ou en ne donnant pas de directives appropriées au jury, le pourvoi devrait-il être rejeté en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) du Code criminel, pour le motif qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne se sont produits?*

Le juge Chipman a conclu que, même si la preuve avait été admise à tort ou si le jury n'avait pas reçu de directives appropriées, il appliquerait le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* pour rejeter l'appel et laisser intacts les verdicts de culpabilité. Il s'est dit d'avis, à la p. 254, que la preuve tendant à établir la culpabilité de l'accusé était [TRADUCTION] «telle que je n'ai aucun doute que, même si une mise en garde appropriée avait été faite, le résultat aurait nécessairement été le même, soit des verdicts de culpabilité quant aux cinq chefs d'accusation.»

Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, is for use in exceptional cases only, as this Court has emphasized in two recent cases. In *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, Sopinka J. held for the majority, at p. 916, that s. 686(1)(b)(iii) can only be invoked where “the evidence is so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict”. In *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, the Court emphasized, at p. 620, “[t]he appropriate standard for the application of s. 686(1)(b)(iii) is an onerous one”. The Court quoted Sopinka J.’s reasons from *R. v. S. (P.L.)*, *supra*, and stated at pp. 620-21:

Accordingly, the question here is whether there is any possibility that the trier of fact would have had a reasonable doubt as to the guilt of the accused had the impugned evidence been removed from their consideration.

The same question may be asked in the context of whether the jury in the instant case could have had a reasonable doubt as to the appellant’s guilt had they been properly charged with respect to how they might use the testimony of L.L. and T.B. In my opinion, the evidence was not so overwhelming that the jury would have inevitably convicted the appellant if the judge had properly instructed them as to the use they could make of that testimony. Credibility was a large issue at trial, and it is impossible to know what was in the minds of the jurors and how they were affected by the unrestricted admission of the evidence in question. The assessment of whether to apply the curative provision of the *Criminal Code* is complicated by the fact that there were multiple charges which involved included offences, with the result that a properly instructed jury might have convicted but not on all the charges or for different offences. In summary, this is not an appropriate case to invoke the curative provision in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne doit être utilisé que dans des cas exceptionnels, comme notre Cour l’a souligné dans deux arrêts récents. Dans l’arrêt *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, à la p. 916, le juge Sopinka a conclu, au nom de la Cour à la majorité, qu’on ne peut invoquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) que lorsque «la preuve est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité». Dans l’arrêt *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, la Cour a souligné, à la p. 620, que «[l]a norme retenue pour l’application du sous-al. 686(1)(b)(iii) est exigeante». Après avoir cité les motifs du juge Sopinka dans l’arrêt *R. c. S. (P.L.)*, précité, la Cour ajoute, aux pp. 620 et 621:

Par conséquent, il s’agit ici d’établir s’il y a la moindre possibilité que, en l’absence de l’élément de preuve attaqué, le juge des faits ait eu un doute raisonnable sur la culpabilité de l’accusé.

On peut se poser la même question lorsqu’il s’agit de déterminer si le jury, en l’espèce, aurait pu avoir un doute raisonnable quant à la culpabilité de l’appelant s’il avait reçu des directives appropriées quant à l’utilisation qu’il pourrait faire des témoignages de L.L. et de T.B.? À mon avis, la preuve n’était pas à ce point accablante que le jury aurait forcément déclaré l’appelant coupable si le juge lui avait donné des directives appropriées quant à l’utilisation qu’il pouvait faire de ces témoignages. La crédibilité était une question importante au procès et il est impossible de savoir ce que les jurés avaient à l’esprit et comment ils ont été influencés par l’admission sans réserve de la preuve en question. La tâche de déterminer s’il y a lieu d’appliquer la disposition réparatrice du *Code criminel* est compliquée par le fait que plusieurs accusations comportaient des infractions incluses, de sorte qu’un jury ayant reçu des directives appropriées aurait pu rendre un verdict de culpabilité, mais non relativement à toutes les accusations ni quant à d’autres infractions. Somme toute, il ne convient pas en l’espèce d’invoquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

VI. Conclusion

The evidence of L.L. and T.B. was admissible because it was relevant to several serious issues in the case such as the defence of innocent association, the system of violent control that the appellant exercised over the family which would explain why the abuse was allowed to occur and why the complainant was too frightened to press charges until much later, and the suggestion that Mrs. L. was responsible for the complainant's physical injuries. In my view, the probative value of the testimony of L.L. and T.B. is not outweighed by its prejudicial effect and the evidence was properly admitted.

Although the evidence of L.L. and T.B. was properly admitted, the trial judge failed to charge the jury as to the limited purposes for which the evidence could be used. This is grounds for a new trial, and I would allow the appeal and order a new trial on this basis.

Finally, with respect to the curative provision in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, given that the appropriate standard for applying s. 686(1)(b)(iii) is an onerous one, namely whether or not the evidence properly before the jury was so overwhelming that conviction was inevitable, I do not believe that this is a case to which s. 686(1)(b)(iii) should be applied.

It should be stated that it is highly regrettable that P.A.L. and her family, as well as the appellant, will be forced to undergo a new trial. However, we must be inexorably vigilant to ensure that courts properly follow the rules which provide fair trials to all those charged and tried under the *Criminal Code*.

Since writing these reasons, I have had the opportunity to read the reasons of the Chief Justice; I agree with them.

VI. Conclusion

Les témoignages de L.L. et de T.B. étaient admissibles parce qu'ils se rapportaient à plusieurs questions litigieuses importantes en l'espèce, tels le moyen de défense fondé sur les rapports innocents, le régime de domination violente qu'exerçait l'appelant sur la famille et qui expliquerait pourquoi les agressions ont pu se produire et pourquoi la plaignante était effrayée au point de ne porter des accusations que beaucoup plus tard, ainsi que la prétention que M^{me} L. était responsable des lésions corporelles de la plaignante. À mon avis, l'effet préjudiciable des témoignages de L.L. et de T.B. ne l'emporte pas sur leur valeur probante et c'est à bon droit que cette preuve a été admise.

Bien que les témoignages de L.L. et de T.B. aient été admis à juste titre, le juge du procès n'a pas donné au jury de directives quant aux fins limitées auxquelles cette preuve pouvait servir. Cela justifie la tenue d'un nouveau procès et je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès pour ce motif.

Enfin, en ce qui concerne la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, étant donné que la norme qui doit être retenue pour son application est exigeante, c'est-à-dire la question de savoir si la preuve dont disposait légitimement le jury était à ce point accablante qu'un verdict de culpabilité était inévitable, je ne crois pas qu'il convienne d'appliquer en l'espèce ce sous-alinéa.

Il y a lieu de souligner qu'il est fort regrettable que P.A.L. et sa famille, ainsi que l'appelant, soient forcés de subir un nouveau procès. Toutefois, il nous faut être inexorablement vigilants si nous voulons garantir que les tribunaux suivent correctement les règles qui prescrivent des procès équitables pour tous ceux qui sont accusés et jugés sous le régime du *Code criminel*.

Depuis que j'ai rédigé les présents motifs, j'ai pris connaissance des motifs du Juge en chef et j'y souscris.

VII. Disposition

For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the conviction of the appellant, and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues, Justices L'Heureux-Dubé and Iacobucci. I am in agreement with both of them that the evidence of L.L. and T.B. were admissible for the reasons which they state. I agree with L'Heureux-Dubé J. that the trial judge's instructions were adequate, having regard to the circumstances of this case which she outlines, including the defence counsel's full use of the evidence in support of the defence that the allegations were so heinous that it was improbable that they would have occurred or not been reported. I am also in agreement with L'Heureux-Dubé J. that the evidence supporting the guilt of the accused is overwhelming and that s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, should be applied to remedy any defect.

I would therefore dismiss the appeal.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and GONTHIER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Scaravelli & Garson, Halifax.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

VII. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appelant et d'ordonner un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs des mes collègues les juges L'Heureux-Dubé et Iacobucci. Je conviens avec eux, et ce, pour les mêmes raisons, que les témoignages de L.L. et de T.B. étaient admissibles. Je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire que le juge du procès a donné des directives suffisantes eu égard aux circonstances de l'affaire, qu'elle expose, y compris le fait que l'avocat de la défense s'est servi pleinement de ces témoignages pour appuyer le moyen de défense selon lequel les actes reprochés étaient à ce point odieux qu'il était peu probable qu'ils eussent été commis ou qu'ils n'eussent pas été signalés. Je conviens en outre avec le juge L'Heureux-Dubé que la preuve de la culpabilité de l'accusé est accablante et qu'il y a lieu d'appliquer, pour remédier à tout défaut, le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Scaravelli & Garson, Halifax.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

K.G.B. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. B. (K.G.)

File No.: 22351.

1992: October 8; 1993: February 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Prior inconsistent statements — Admissibility — Witnesses' videotaped statements to police implicating accused as the murderer — Witnesses recanting statements at trial — Whether prior inconsistent statements admissible as evidence of the truth of their contents — Whether common law rule as to use of prior inconsistent statements should be changed — Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 9.

Courts — Stare decisis — Supreme Court of Canada — Prior inconsistent statements admissible only to impeach witness's credibility — Whether common law rule as to use of prior inconsistent statements should be changed — If so, whether change to be made by Parliament rather than the courts.

The accused and three of his friends were involved in a fight with two men. In the course of the fight, one of the youths pulled a knife and stabbed one of the men in the chest and killed him. The four youths immediately fled the scene. About two weeks later, the accused's friends were interviewed separately by the police. Each was accompanied by a parent and in one case by a lawyer and each was advised of his right to counsel. It was also made clear that they were under no obligation to answer the questions and that they were not "at this time" charged with any offence. With the youths' consent the interviews were videotaped. In their statements, they told the police that the accused had made statements to them in which he acknowledged that he thought he had caused the death of the victim by the use

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **K.G.B.** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. B. (K.G.)

^b N° du greffe: 22351.

1992: 8 octobre; 1993: 25 février.

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

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

^d *Droit criminel — Preuve — Déclarations antérieures incompatibles — Admissibilité — Déclarations de témoins aux policiers, enregistrées sur bande vidéo, désignant l'accusé comme le meurtrier — Rétractation des témoins au procès — Les déclarations antérieures incompatibles sont-elles admissibles comme preuve de la véracité de leur contenu? — La règle de common law relative à l'utilisation de déclarations antérieures incompatibles devrait-elle être modifiée? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 9.*

^e *Tribunaux — Stare decisis — Cour suprême du Canada — Déclarations antérieures incompatibles admissibles seulement pour attaquer la crédibilité du témoin — La règle de common law relative à l'utilisation de déclarations antérieures incompatibles devrait-elle être modifiée? — Dans l'affirmative, cette règle devrait-elle être modifiée par le législateur plutôt que par les tribunaux?*

L'accusé et trois de ses amis ont été impliqués dans une bagarre avec deux hommes. Pendant la bagarre, l'un des jeunes gens a brandi un couteau avec lequel il a frappé l'un des hommes à la poitrine et l'a tué. Les quatre jeunes se sont enfuis immédiatement. Environ deux semaines plus tard, les amis de l'accusé ont été interrogés séparément par la police. Chacun d'eux était accompagné de l'un de ses parents et l'un d'eux, d'un avocat, et chacun a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat. On leur a bien fait comprendre qu'ils n'étaient pas obligés de répondre aux questions et qu'aucune accusation n'était portée contre eux «pour l'instant». Avec leur consentement, les interrogatoires ont été enregistrés sur bande vidéo. Dans leurs déclarations, ils ont dit aux policiers que l'accusé avait

of a knife. The accused was charged with second degree murder and tried in Youth Court. At trial, the three youths recanted their earlier statements and, during the Crown's cross-examination pursuant to s. 9 of the *Canada Evidence Act*, they stated they had lied to the police to exculpate themselves from possible involvement. Although the trial judge had no doubt that the recantations were false, the witnesses' prior inconsistent statements could not be tendered as proof that the accused actually made the admissions. Under the traditional common law position, they could only be used to impeach the witnesses' credibility. In the absence of other sufficient identification evidence, the trial judge acquitted the accused and the Court of Appeal upheld the acquittal. Prior to the hearing in this Court, the three witnesses pleaded guilty to perjury as a result of their testimony at trial. In this appeal, the Crown asks this Court to reconsider the common law rule which limits the use of prior inconsistent statements to impeaching the credibility of the witness.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ.: The time has come for the rule limiting the use of prior inconsistent statements to impeaching the credibility of the witness (the "orthodox rule") to be replaced by a new rule recognizing the changed means and methods of proof in modern society. The history of the orthodox rule demonstrates that it has not enjoyed consistent or unqualified support. Considering a change to the orthodox rule is not a matter better left to Parliament; the rule itself is judge-made and lends itself to judicial reform, and it is a natural and incremental progression in the development of the law of hearsay in Canada by this Court. The guidelines which direct this Court's exercise of its jurisdiction to overrule its previous decisions adopting the orthodox rule do not suggest that it should do anything other than what it thinks best in reconsidering the orthodox rule: a reformed rule would not violate the *Charter*, the existing rule has been attenuated by developments in the law of hearsay and is somewhat, if not overly, technical, and reforming the rule would not directly expand the scope of criminal liability.

reconnu, au cours d'une conversation avec eux, qu'il croyait avoir tué la victime avec un couteau. L'accusé a été inculpé de meurtre au deuxième degré et il a subi un procès devant le tribunal pour adolescents. Au procès, les trois jeunes gens ont rétracté leurs déclarations antérieures et, au cours du contre-interrogatoire mené par le ministère public conformément à l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ils ont dit qu'ils avaient menti aux policiers pour se disculper. Bien que le juge du procès ait été certain que leur rétractation était fausse, les déclarations antérieures incompatibles des témoins n'ont pu être utilisées pour prouver que l'accusé avait vraiment fait les aveux. Selon la conception traditionnelle en common law, elles ne pouvaient être utilisées que pour attaquer la crédibilité des témoins. En l'absence d'autres éléments de preuve suffisants relativement à l'identification, le juge du procès a acquitté l'accusé, et la Cour d'appel a maintenu l'acquittement. Avant l'audition du présent pourvoi devant notre Cour, les trois témoins ont plaidé coupables à une accusation de parjure en raison de leur témoignage au procès. En l'espèce, le ministère public demande à notre Cour de réexaminer la règle de common law selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles ne peuvent servir qu'à attaquer la crédibilité du témoin.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, McLachlin et Iacobucci: Le temps est venu de remplacer la règle selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles ne peuvent servir qu'à attaquer la crédibilité du témoin (la «règle orthodoxe») par une nouvelle règle qui traduise les nouveaux moyens et les nouvelles méthodes de preuve dans la société moderne. L'histoire de la règle orthodoxe démontre qu'elle n'a pas joui d'un appui uniforme et inconditionnel. La modification de la règle orthodoxe n'est pas une question qu'il serait préférable de laisser au législateur; la règle a elle-même été énoncée par les juges et se prête à la réforme judiciaire, et sa modification s'inscrit dans l'évolution naturelle du droit en matière de ouï-dire, au Canada, tel qu'établi par notre Cour. Il ne ressort pas des principes directeurs, qui guident notre Cour dans l'exercice de sa compétence pour réformer les arrêts antérieurs dans lesquels elle a adopté la règle orthodoxe, que notre Cour doit faire autre chose que ce qu'elle juge à propos dans le réexamen de la règle orthodoxe: une règle réformée ne porterait pas atteinte à la *Charte*, la règle existante a été atténuée par l'évolution des règles de droit en matière de ouï-dire et elle est un peu, voire trop, formaliste, et réformer la règle n'élargirait pas directement la portée de la responsabilité criminelle.

A reformed rule must carefully balance the accused's interests in a criminal trial with the interests of society in seeing justice done. Since the orthodox rule is an incarnation of the hearsay rule, a reformed rule must also deal with the "hearsay dangers" of admitting prior inconsistent statements for the truth of their contents—namely, the absence of an oath or solemn affirmation when the statement was made, the inability of the trier of fact to assess the demeanour, and therefore the credibility, of the declarant when the statement was made, and the lack of contemporaneous cross-examination by the opponent.

Following this Court's decisions in *Khan* and *Smith*, evidence of prior inconsistent statements of a witness other than an accused should be substantively admissible on a principled basis, the governing principles being the reliability of the evidence and its necessity. These criteria, however, must be adapted to the present context. As a threshold matter, the prior inconsistent statements will only be admissible if they would have been admissible as the witness's sole testimony, lest what would be excluded as the witness's primary evidence be admitted under the reformed rule simply because the witness has recanted.

The focus of the inquiry in the case of prior inconsistent statements is on the comparative reliability of the prior statement and the testimony offered at trial. Additional indicia and guarantees of reliability to those outlined in *Khan* and *Smith* must thus be secured in order to bring the prior statement to a comparable standard of reliability before such statements are admitted as substantive evidence. In this context, the absence of an oath and the inability of the trier of fact to assess the declarant's demeanour are the only "hearsay dangers" which present real concerns. The criterion of reliability will therefore be satisfied when the circumstances in which the prior statement was made provide sufficient guarantees of its trustworthiness with respect to these two dangers.

There will be sufficient circumstantial guarantees of reliability to allow the jury to make substantive use of the statement: (1) if the statement is made under oath, solemn affirmation or solemn declaration following an explicit warning to the witness as to the existence of severe criminal sanctions for the making of a false statement; (2) if the statement is videotaped in its entirety; and (3) if the opposing party, whether the Crown or the

La règle réformée doit bien peser les intérêts respectifs de l'accusé dans le procès criminel et de la société dans l'administration de la justice. Puisque la règle orthodoxe est une incarnation de la règle du ouï-dire, la nouvelle règle doit également obvier aux «dangers du ouï-dire» que comporte l'admission de déclarations antérieures incompatibles comme preuve de leur véracité, soit l'absence de serment ou d'affirmation solennelle au moment où la déclaration a été faite, l'impossibilité pour le juge des faits d'évaluer le comportement et, par conséquent, la crédibilité de l'auteur de la déclaration au moment où il l'a faite, et l'absence de contre-interrogatoire par l'adversaire au moment précis où la déclaration a été faite.

La preuve des déclarations antérieures incompatibles d'un témoin, autre que l'accusé, doit être admissible quant au fond, d'après les principes applicables conformément aux arrêts de notre Cour, *Khan* et *Smith*, les principes fondamentaux étant la fiabilité de la preuve et sa nécessité. Ces facteurs doivent toutefois être adaptés au contexte présent. Préalablement, ne seront admissibles que les déclarations antérieures incompatibles qui auraient été admissibles si elles constituaient la seule déposition du témoin, de crainte que ce qui serait écarté, à titre de preuve primaire du témoin, ne soit admis en application de la règle réformée simplement parce que le témoin s'est rétracté.

Dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, l'examen est axé sur la fiabilité relative de la déclaration antérieure et du témoignage entendu au procès. Des indices et garanties de fiabilité autres que ceux énoncés dans les arrêts *Khan* et *Smith* doivent donc être prévus afin que la déclaration antérieure soit soumise à une norme de fiabilité comparable avant d'être admise quant au fond. Dans ce contexte, l'absence de serment et l'impossibilité pour le juge des faits d'évaluer le comportement de l'auteur de la déclaration sont les seuls «dangers du ouï-dire» qui soient vraiment préoccupants. Par conséquent, on aura satisfait à l'exigence de fiabilité si les circonstances dans lesquelles la déclaration antérieure a été faite fournissent des garanties suffisantes de son exactitude relativement à ces deux dangers du ouï-dire.

Il y aura des garanties circonstancielle de fiabilité suffisantes pour que la déclaration soit soumise au jury à titre de preuve de fond (1) si la déclaration est faite sous serment ou affirmation ou déclaration solennelles après une mise en garde expresse au témoin quant à l'existence de sanctions criminelles sévères à l'égard d'une fausse déclaration, (2) si la déclaration est enregistrée intégralement sur bande vidéo, et (3) si la partie adver-

defence, has a full opportunity to cross-examine the witness at trial respecting the statement. Alternatively, other circumstantial guarantees of reliability may suffice to render such statements substantively admissible, provided that the judge is satisfied that the circumstances provide adequate assurances of reliability in place of those which the hearsay rule traditionally requires. With the oath, solemn affirmation or solemn declaration and the warning, the first “hearsay danger” is satisfied. The witness is clearly made aware of the gravity of the situation and his duty to tell the truth. The presence of an oath, solemn affirmation or solemn declaration also increases the evidentiary value of the statement when it is admitted at trial. The trier of fact will have the opportunity to choose between two sworn statements and will not be asked to accept unsworn testimony over sworn testimony, or to render a verdict based on unsworn testimony. While it is true that the oath in itself has no power to ensure truthfulness in some witnesses, the fact that both statements were made under oath removes resort to the absence of an oath as an indicium of the alleged unreliability of the prior inconsistent statement. With a videotaped statement, the second “hearsay danger” is also satisfied. The indicia of credibility, and therefore reliability, are available to the trier of fact. Not only does the trier have access to the full range of non-verbal indicia of credibility, but there is also a reproduction of the statement which is fully accurate, eliminating the danger of inaccurate recounting. In a very real sense, the evidence ceases to be hearsay, since the declarant is brought before the trier of fact. Finally, while a cross-examination of the witness at trial does not satisfy entirely the absence of contemporaneous cross-examination, given the other guarantees of trustworthiness, the third “hearsay danger” is not a sufficient reason to exclude the statement from the jury as substantive evidence. The practical difficulties in requiring contemporaneous cross-examination tip the balance in favour of allowing cross-examination at trial to serve as a substitute.

Unavailability is not an indispensable condition of necessity. The criterion of necessity must be given a flexible definition, capable of encompassing diverse situations. In the case of prior inconsistent statements, evidence of the same value cannot be expected from the recanting witness or other sources. Where a sufficient degree of reliability is established, the trier of fact

se—accusation ou défense—a la possibilité voulue de contre-interroger le témoin au sujet de la déclaration. Subsidièrement, il se peut que d'autres garanties circonstancielles de fiabilité suffisent à rendre une telle déclaration admissible quant au fond, à la condition que le juge soit convaincu que les circonstances offrent des garanties suffisantes de fiabilité qui se substituent à celles que la règle du oui-dire exige habituellement. Si la déclaration est faite sous serment ou affirmation ou déclaration solennelles et que le témoin a été mis en garde, le premier danger du oui-dire est écarté. On fait comprendre au témoin la gravité de la situation et son obligation de dire la vérité. Le serment, l'affirmation ou la déclaration solennelles augmentent également la valeur probante de la déclaration lorsqu'elle est admise au procès. Le juge des faits aura la possibilité de choisir entre deux déclarations faites sous serment, et il n'aura pas à accepter un témoignage qui n'a pas été fait sous serment de préférence à un autre qui l'a été, ou à rendre un verdict fondé sur un témoignage qui n'a pas été fait sous serment. S'il est vrai que le serment en soi n'est pas un gage de vérité quant à certains témoins, le fait que les deux déclarations ont été faites sous serment exclut la possibilité de soutenir que l'absence d'un serment est un indice du prétendu manque de fiabilité de la déclaration antérieure incompatible. La déclaration étant enregistrée sur bande vidéo, le deuxième danger du oui-dire est lui aussi écarté. Le juge des faits dispose des indices de crédibilité, et donc de fiabilité. Non seulement le juge des faits peut constater tous les indices non verbaux de fiabilité, mais encore il peut assister à la reproduction fidèle de la déclaration, ce qui élimine le danger de relation inexacte. D'une manière très concrète, le témoignage cesse d'être du oui-dire, car l'auteur du oui-dire comparaît devant le juge des faits. Enfin, même si le contre-interrogatoire du témoin au procès ne comble pas complètement l'absence d'un contre-interrogatoire au moment de la déclaration, vu les autres garanties de véracité, le troisième danger du oui-dire ne constitue pas une raison suffisante pour ne pas présenter la déclaration au jury comme preuve de fond. Les difficultés d'ordre pratique que pose l'exigence du contre-interrogatoire au moment précis de la déclaration font pencher la balance en faveur de l'acceptation du contre-interrogatoire au procès comme substitut.

La non-disponibilité n'est pas une condition indispensable de la nécessité. Il faut donner au critère de la nécessité une définition souple, capable d'englober différentes situations. Dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, on ne peut attendre une preuve de même valeur du témoin qui se rétracte ou d'autres sources. À supposer qu'un degré suffisant de fiabilité

should be allowed to weigh both statements in light of the witness's explanation for the change.

When a party gives notice that it will seek to make substantive use of a prior statement, the trial judge must on the *voir dire* held under s. 9 of the *Canada Evidence Act* satisfy himself that the indicia of reliability necessary to admit hearsay evidence of prior statements are present and genuine. If they are, he must then examine the circumstances under which the statement was obtained, to satisfy himself that the statement supported by the indicia of reliability was made voluntarily if to a person in authority, and that there are no other factors which would tend to bring the administration of justice into disrepute if the statement was admitted as substantive evidence. In most cases, as in this case, the party seeking to admit the prior inconsistent statement as substantive evidence will have to establish that these requirements have been satisfied on a balance of probabilities. The trial judge is not to decide whether the prior inconsistent statement is true, or more reliable than the present testimony, as that is a matter for the trier of fact. Once this process is complete, and all of its constituent elements satisfied, the trial judge need not issue the standard limiting instruction to the jury, but may instead tell the jury that they may take the statement as substantive evidence of its content, or, if he is sitting alone, make substantive use of the statement, giving the evidence the appropriate weight after taking into account all of the circumstances. In either case, the trial judge must direct the trier of fact to consider carefully these circumstances in assessing the credibility of the prior inconsistent statement relative to the witness's testimony at trial. Where the prior statement does not have the necessary circumstantial guarantees of reliability, and so cannot pass the threshold test on the *voir dire*, but the party tendering the prior statement otherwise satisfies the requirements of s. 9(1) or (2) of the *Canada Evidence Act*, the statement may still be tendered into evidence, but the trial judge must instruct the jury in the terms of the orthodox rule.

In this case, while the statements of the recanting witnesses were videotaped, and the accused's counsel had a full opportunity to cross-examine the witnesses at trial, the statements were not made under oath, solemn affirmation or by a solemn declaration. Considering himself bound by the orthodox rule, the trial judge refused to

soit établi, le juge des faits devrait être autorisé à soulever les deux déclarations en tenant compte de l'explication que donne le témoin sur ce changement.

Si une partie fait part de son intention de faire admettre la déclaration comme preuve de fond, le juge du procès doit tenir un *voir-dire* conformément à l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* afin de s'assurer que les indices de fiabilité nécessaires pour l'admission de la preuve par ouï-dire des déclarations antérieures sont présents et authentiques. Dans l'affirmative, il doit alors examiner les circonstances dans lesquelles la déclaration a été obtenue, s'assurer que, si la déclaration étayée par les indices de fiabilité a été faite à une personne en situation d'autorité, elle a été faite volontairement et qu'aucun autre facteur ne serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice si la déclaration était admise comme preuve de fond. Dans la plupart des cas, comme en l'espèce, la partie qui cherche à faire admettre les déclarations antérieures incompatibles comme preuve de fond devra établir, selon la prépondérance des probabilités, que ces conditions ont été remplies. Le juge du procès ne doit pas décider si la déclaration antérieure incompatible est vraie, ni si elle est plus digne de foi que le témoignage actuel, car cette décision revient au juge des faits. Une fois ce processus terminé et que tous ses éléments constitutifs ont été vérifiés, il n'est pas nécessaire que le juge du procès donne au jury la directive restrictive habituelle, mais il peut au lieu de cela dire aux jurés qu'ils peuvent considérer la déclaration comme une preuve de fond de son contenu ou, s'il siège seul, la tenir lui-même pour une preuve au fond, en lui accordant le poids approprié après avoir pris en considération l'ensemble des circonstances. Dans les deux cas, le juge doit donner comme directive au jury d'examiner soigneusement ces circonstances lorsqu'il évalue la crédibilité de la déclaration antérieure incompatible par rapport à la déposition du témoin au procès. Si la déclaration antérieure n'offre pas les garanties circonstanciées de fiabilité nécessaires, et ne satisfait donc pas au critère préliminaire examiné durant le *voir-dire*, mais que la partie qui présente la déclaration antérieure remplit par ailleurs les exigences prévues aux par. 9(1) ou (2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, la déclaration peut tout de même être produite en preuve, mais le juge du procès doit donner des directives au jury en conformité avec la règle orthodoxe.

En l'espèce, bien que les déclarations des témoins qui se sont rétractés aient été enregistrées sur bande vidéo et que l'avocat de l'accusé ait eu la possibilité voulue de contre-interroger les témoins au procès, les déclarations n'ont pas été faites sous serment ou affirmation ou déclaration solennelles. Le juge du procès a refusé d'en-

consider the admissibility of the statements. Given his expressed belief that the witnesses were lying at trial, it is possible that he might have found sufficient indicia of reliability to admit the statements as substantive evidence. A new trial should be ordered at which the reformed rule relating to prior inconsistent statements will, if necessary, be applied by the trial judge, who will decide whether sufficient indicia of reliability and necessity are present in this case, and instruct the trier of fact to afford the prior statements the appropriate weight in reaching a verdict.

Per L'Heureux-Dubé and Cory JJ.: While the rule against the substantive use of prior statements should be changed, the administering of an oath or solemn affirmation should not be regarded as an essential safeguard for ensuring the veracity of a statement. Neither the taking of the oath nor the possibility of imprisonment arising from perjury charges resulting from testimony at trial can in themselves ensure that a witness will tell the truth. It is the reliability that can be placed upon the statement that should determine its admissibility. That reliability will depend on a number of factors, among others, whether the witness giving the statement is subject to criminal prosecution for making a deliberately false statement. The less stringent requirements for prosecution for offences like obstructing justice, fabricating evidence or public mischief, which, unlike perjury, do not require corroboration, and the more frequent prosecutions for these offences would have a better deterrent effect upon those who might be prone to make false statements. A requirement that the police administer an oath to the witness cannot further deter the witness from lying and seems to be superfluous. Liability for these offences does not rest in any way on the oath and a witness cannot be found guilty of perjury arising from a sworn declaration made in the course of a criminal investigation. The absence of the oath should thus not presumptively stand in the way of the admissibility for substantive purposes of a prior inconsistent statement. Although it would be preferable to give a warning to a witness of the possibility of criminal proceedings if that person gives a false statement, it may not be essential to give such a warning in order to render the statement admissible. Canadians are well aware and indeed expect that witnesses who make deliberately false statements to the police would be subject to criminal prosecution.

A videotaped statement with its complete and comprehensive record of the questions posed, the answers given and the demeanour of the witness, will often serve

visager l'admissibilité des déclarations, se considérant lié par la règle orthodoxe. Le juge s'étant dit convaincu que les témoins mentaient au procès, il est possible qu'il aurait pu trouver des indices suffisants de fiabilité pour admettre les déclarations comme preuve de fond. Il y aurait lieu d'ordonner un nouveau procès au cours duquel le juge du procès appliquera, si nécessaire, la nouvelle règle régissant les déclarations antérieures incompatibles, décidera si, en l'espèce, il existe des indices suffisants de fiabilité et de nécessité, et donnera comme directive au juge des faits d'accorder aux déclarations antérieures le poids qu'il convient pour rendre un verdict.

Les juges L'Heureux-Dubé et Cory: Même si la règle interdisant l'utilisation quant au fond des déclarations antérieures doit être revue, le serment ou l'affirmation solennelle ne devraient pas être considérés comme des garanties essentielles de la véracité d'une déclaration. Ni la prestation de serment ni l'éventualité d'un emprisonnement à la suite d'accusations de parjure découlant de son témoignage n'assurent à elles seules que le témoin dira la vérité. Ce qui devrait plutôt en déterminer l'admissibilité c'est sa fiabilité. Cette fiabilité tient à plusieurs facteurs et, entre autres, le fait que l'auteur de la déclaration s'expose ou non à une poursuite criminelle en raison d'une déclaration délibérément fausse. Les conditions moins rigoureuses pour tenter des poursuites et le plus grand nombre de poursuites intentées dans les cas d'entrave à la justice, de fabrication de preuve ou de méfait public (qui, contrairement au parjure, n'exigent pas de corroboration) auraient un effet de dissuasion plus fort sur ceux qui pourraient être enclins à faire de fausses déclarations. Obliger la police à faire prêter serment ne peut pas dissuader davantage le témoin de mentir et semble superflu. La responsabilité dans le cas de ces infractions n'a rien à voir avec le serment et un témoin ne peut être déclaré coupable de parjure pour une déclaration faite sous serment au cours d'une enquête criminelle. L'absence du serment ne devrait donc pas faire naître de présomption d'inadmissibilité quant au fond d'une déclaration antérieure incompatible. Bien qu'il soit préférable d'avertir un témoin qu'il s'expose à des poursuites criminelles s'il fait une fausse déclaration, cette mise en garde n'est pas essentielle à l'admissibilité de la déclaration. Les Canadiens acceptent, et même s'attendent, que les auteurs de déclarations délibérément fausses à la police fassent l'objet de poursuites criminelles.

Parce qu'elle offre un enregistrement complet et intégral des questions posées, des réponses données et du comportement du témoin, la déclaration sur bande vidéo

as a complete answer to the issues of reliability and voluntariness of the statement. It is not essential, however, that a statement be videotaped in order to be admissible. Where a complete and comprehensive record of the statement is preserved together with satisfactory evidence of the circumstances of the interview and the demeanour of the witness all the requirements on this count will be met. If the prior statement, while not videotaped, meets all the criteria of reliability it should be admissible.

While at the time the statement was made the witness was not subjected to the rigours of cross-examination, if the prior statement is ruled admissible then the witness will be subject to cross-examination at trial where the trier of fact will be able to study the witness's demeanour throughout his testimony and to assess what weight, if any, should be attached to all the evidence of the witness including the prior statement. The opposing party, whether the Crown or the defence, will also be able to explore the witness's reasons for the court room recantation and the veracity of his testimony.

A prior inconsistent statement should be admitted for all purposes if upon a *voir dire* the trial judge is satisfied beyond a reasonable doubt that the following conditions are met: (1) the evidence contained in the prior statement is such that it would be admissible if given in court; (2) the statement has been made voluntarily by the witness and is not the result of any undue pressure, threats or inducements; (3) the statement was made in circumstances, which viewed objectively would bring home to the witness the importance of telling the truth; (4) that the statement is reliable in that it has been fully and accurately transcribed or recorded; and (5) the statement was made in circumstances that the witness would be liable to criminal prosecution for giving a deliberately false statement.

If at the conclusion of the *voir dire* the prior inconsistent statement is ruled admissible for all purposes then, at some time, the trial judge should advise the jury that, although the statement has been ruled admissible, it is up to them to decide what weight, if any, they should attach to it. In assessing the statement, the jury should take into account all the circumstances in which it was made and should be instructed that they may consider that the statement should be given less weight because it was not subject to cross-examination at the time it was made and because there was not the same opportunity to

résoudra fréquemment les questions de la fiabilité et du caractère volontaire de la déclaration. Toutefois, il n'est pas indispensable que la déclaration soit enregistrée sur bande vidéo pour être admissible. Si un dossier complet et global de la déclaration est conservé, de même qu'une preuve satisfaisante des circonstances entourant l'interrogatoire et du comportement du témoin, toutes les conditions à cet égard seront remplies. La déclaration antérieure, même si elle n'a pas été enregistrée sur bande vidéo, devrait être admissible si elle satisfait à tous les critères de fiabilité.

Bien qu'au moment de sa déclaration le témoin n'ait pas été soumis aux rigueurs d'un contre-interrogatoire, si sa déclaration antérieure est jugée admissible, le témoin subira alors un contre-interrogatoire au procès et le juge des faits pourra étudier son comportement tout au long de la déposition et évaluer l'importance qu'il devrait accorder, le cas échéant, à tout le témoignage, y compris la déclaration antérieure. La partie adverse, que ce soit le ministère public ou la défense, sera aussi en mesure d'étudier les raisons de la rétractation en salle d'audience et la véracité de son témoignage.

Une déclaration antérieure incompatible doit être admise à toutes les fins si, après un *voir-dire*, le juge du procès est convaincu hors de tout doute raisonnable que les conditions suivantes sont remplies: (1) la preuve contenue dans la déclaration antérieure serait admissible si celle-ci était faite devant la cour; (2) la déclaration a été faite volontairement par le témoin et elle n'est pas le résultat d'une pression excessive, de menaces ou de promesses de récompenses; (3) la déclaration a été faite dans des circonstances qui, considérées objectivement, feraient bien comprendre au témoin l'importance de dire la vérité; (4) la déclaration est fiable puisqu'elle a été transcrite ou enregistrée intégralement et fidèlement; et (5) la déclaration a été faite alors que le témoin s'exposait à des poursuites criminelles s'il faisait une déclaration délibérément fausse.

Si, à la clôture du *voir-dire*, la déclaration antérieure incompatible est jugée admissible à toutes les fins, le juge du procès devrait, à un certain moment, informer les jurés que, même si la déclaration est jugée admissible, il leur appartient de décider de l'importance à lui accorder. Dans son appréciation de la déclaration, le jury devrait tenir compte de toutes les circonstances qui l'ont entourée et il devrait également savoir qu'il peut décider d'accorder à la déclaration une moins grande importance parce qu'elle n'a pas été soumise à un contre-interrogatoire au moment où elle a été faite et parce

assess the demeanour of the witness as there would have been had the statement been made in court.

In this case, an analysis of the conditions of admissibility indicates that it would be open to a judge conducting a *voir dire* at a new trial to find that the prior inconsistent statements met all the conditions for admissibility.

The *Khan* and *Smith* approach to hearsay evidence provides an alternative justification for changing the interpretation of s. 9 of the *Canada Evidence Act* as long as the threshold tests for reliability set out above are made a part of this approach.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; **not followed:** *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531; **considered:** *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588; *R. v. Duckworth* (1916), 26 C.C.C. 314; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; **referred to:** *Attorney General v. Hitchcock* (1847), 16 L.J. Ex. 259; *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *State v. Saporen*, 285 N.W. 898 (1939); *California v. Green*, 399 U.S. 149 (1970); *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321 (C.A.), leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. xiv; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Omychund v. Barker* (1744), 1 Atk. 21, 26 E.R. 15; *Reference re Truscott*, [1967] S.C.R. 309; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Prosko v. The King* (1922), 63 S.C.R. 226; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R. 23; *Wright v. Beckett* (1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143; *Paramore v. State*, 229 So.2d 855 (1969).

By Cory J.

Not followed: *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531; **considered:** *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v.*

qu'il n'a pas eu la même possibilité d'évaluer le comportement du témoin que si la déclaration avait été faite devant la cour.

En l'espèce, l'analyse des conditions d'admissibilité indique qu'il serait loisible au juge qui préside le voir-dire de conclure que les déclarations antérieures incompatibles remplissent toutes les conditions d'admissibilité.

La méthode énoncée dans les arrêts *Khan* et *Smith* pour la preuve par oui-dire offre une autre justification pour modifier l'interprétation de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, dans la mesure où les critères préliminaires d'admissibilité énoncés ci-dessus y sont incorporés.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; **arrêt non suivi:** *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531; **arrêts examinés:** *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588; *R. c. Duckworth* (1916), 26 C.C.C. 314; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; **arrêts mentionnés:** *Attorney General c. Hitchcock* (1847), 16 L.J. Ex. 259; *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *State c. Saporen*, 285 N.W. 898 (1939); *California c. Green*, 399 U.S. 149 (1970); *Myers c. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. xiv; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Omychund c. Barker* (1744), 1 Atk. 21, 26 E.R. 15; *Reference re Truscott*, [1967] R.C.S. 309; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *Khan c. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641; *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599; *Prosko c. The King* (1922), 63 R.C.S. 226; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23; *Wright c. Beckett* (1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143; *Paramore c. State*, 229 So.2d 855 (1969).

Citée par le juge Cory

Arrêt non suivi: *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531; **arrêts examinés:** *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531;

Smith, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Boisjoly*, [1972] S.C.R. 42; referred to: *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. v. L.S.L.* (1991), 89 Sask. R. 267; *R. v. Gravelle* (1952), 103 C.C.C. 250; *R. v. MacGillivray* (1971), 3 Nfld. & P.E.I.R. 227; *R. v. Feger* (1989), 36 Q.A.C. 26; *R. v. J.(J.)* (1988), 65 C.R. (3d) 371 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1989] 1 S.C.R. ix; *R. v. Stapleton* (1982), 66 C.C.C. (2d) 231; *R. v. Howard* (1972), 7 C.C.C. (2d) 211; *Lessard v. La Reine*, [1965] Que. Q.B. 631; *R. v. Sevick* (1930), 54 C.C.C. 92; *R. v. Edwards* (1986), 47 Sask. R. 303; *R. v. Verma* (1980), 28 A.R. 233; *R. v. Lindstrom* (1977), 33 N.S.R. (2d) 369; *R. v. Martin* (1969), 12 *Crim. L.Q.* 201; *R. v. Snider* (1953), 17 C.R. 136; *California v. Green*, 399 U.S. 149 (1970); *Di Carlo v. United States*, 6 F.2d 364 (1925); *Gibbons v. State*, 286 S.E.2d 717 (1982); *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Pickett* (1975), 28 C.C.C. (2d) 297; *Coulombe v. La Reine*, [1976] C.A. 327.

Statutes and Regulations Cited

Act for the suppression of Voluntary and Extra-Judicial Oaths, S.C. 1874, c. 37.

Act respecting Procedure in Criminal Cases, and other matters relating to Criminal Law, S.C. 1869, c. 29, s. 68.

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 9.

Civil Evidence Act 1968 (U.K.), 1968, c. 64, s. 3(1)(a).

Common Law Procedure Act, 1854 (U.K.), 17 & 18 Vict., c. 125, s. 22.

Constitution of the United States, Sixth Amendment.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 131 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 17], 134 [*idem*], 137, 139(2), 140(1) [*idem*, s. 19].

Criminal Law Amendment Act, 1975, S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 6.

Criminal Law Amendment Act, 1985, S.C. 1985, c. 19, s. 17.

Federal Rules of Evidence, 28 U.S.C. app., Rule 801(d)(1)(A).

Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 56(2)(c), (d).

Authors Cited

Canada. Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. *Report of the Federal/Provincial Task Force on the Uniform Rules of Evidence*. Toronto: Carswell, 1982.

R. c. Smith, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Boisjoly*, [1972] R.C.S. 42; arrêts mentionnés: *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. c. L.S.L.* (1991), 89 Sask. R. 267; *R. c. Gravelle* (1952), 103 C.C.C. 250; *R. c. MacGillivray* (1971), 3 Nfld. & P.E.I.R. 227; *R. c. Feger* (1989), 36 Q.A.C. 26; *R. c. J.(J.)* (1988), 65 C.R. (3d) 371 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1989] 1 R.C.S. ix; *R. c. Stapleton* (1982), 66 C.C.C. (2d) 231; *R. c. Howard* (1972), 7 C.C.C. (2d) 211; *Lessard c. La Reine*, [1965] B.R. 631; *R. c. Sevick* (1930), 54 C.C.C. 92; *R. c. Edwards* (1986), 47 Sask. R. 303; *R. c. Verma* (1980), 28 A.R. 233; *R. c. Lindstrom* (1977), 33 N.S.R. (2d) 369; *R. c. Martin* (1969), 12 *Crim. L.Q.* 201; *R. c. Snider* (1953), 17 C.R. 136; *California c. Green*, 399 U.S. 149 (1970); *Di Carlo c. United States*, 6 F.2d 364 (1925); *Gibbons c. State*, 286 S.E.2d 717 (1982); *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Pickett* (1975), 28 C.C.C. (2d) 297; *Coulombe c. La Reine*, [1976] C.A. 327.

Lois et règlements cités

Acte concernant la Procédure dans les causes criminelles ainsi que certaines autres matières relatives à la loi criminelle, S.C. 1869, ch. 29, art. 68.

Acte pour la suppression des serments volontaires et extrajudiciaires, S.C. 1874, ch. 37.

Civil Evidence Act 1968 (R.-U.), 1968, ch. 64, art. 3(1)(a).

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 131 [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 17], 134 [*idem*], 137, 139(2), 140(1) [*idem*, art. 19].

Common Law Procedure Act, 1854 (R.-U.), 17 & 18 Vict., ch. 125, art. 22.

Constitution des États-Unis, Sixième amendement.

Federal Rules of Evidence, 28 U.S.C. app., règle 801(d)(1)(A).

Loi de 1975 modifiant le droit criminel, S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 6.

Loi de 1985 modifiant le droit pénal, S.C. 1985, ch. 19, art. 17.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 9.

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 56(2)(c), (d).

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit du Canada. *Rapport sur la preuve*. Ottawa: La Commission, 1975.

- Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: The Commission, 1975.
- Delisle, Ronald Joseph. "Cross-examination of Own Witness on Previous Inconsistent Statement—s. 9(2) Canada Evidence Act" (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 162.
- Delisle, Ronald Joseph. *Evidence: Principles and Problems*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
- Dugdale, D. F. "Against oath-taking", [1985] *N.Z.L.J.* 404.
- Graham, Michael H. "Employing Inconsistent Statements for Impeachment and as Substantive Evidence: A Critical Review and Proposed Amendments of Federal Rules of Evidence 801(d)(1)(A), 613, and 607" (1977), 75 *Mich. L. Rev.* 1565.
- Grant, Alan. "Videotaping Police Questioning: a Canadian Experiment", [1987] *Crim. L.R.* 375.
- Heaton-Armstrong, Anthony, and David Wolchover. "Recording Witness Statements", [1992] *Crim. L.R.* 160.
- Laskin, Bora. "The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada" (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 469.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 2, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
- Miller, Joyce. *The Audio-Visual Taping of Police Interviews With Suspects and Accused Persons by Halton Regional Police Force: An Evaluation*. Ottawa: Law Reform Commission, 1988.
- Morden, John Wilson. "Evidence—Proof of Own Witness's Prior Inconsistent Statement Where "Adverse"—Section 24, Evidence Act (Ont.)" (1962), 40 *Can. Bar Rev.* 96.
- Morgan, Edmund M. "Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept" (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Law of Evidence*. Toronto: The Commission, 1976.
- Schiff, Stanley. "The Previous Inconsistent Statement of Opponent's Witness" (1986), 36 *U.T.L.J.* 440.
- Stuesser, Lee. "Admitting Prior Inconsistent Statements For Their Truth" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 48.
- United States. Senate. Senate Report No. 93-1277, 93rd Cong., 2d Sess. (1974), reprinted in [1974] *U.S. Cong. & Adm. News* 7051.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.
- Canada. Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve*. Cowansville: Yvon Blais, 1983.
- a Delisle, Ronald Joseph. «Cross-examination of Own Witness on Previous Inconsistent Statement—s. 9(2) Canada Evidence Act» (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 162.
- Delisle, Ronald Joseph. *Evidence: Principles and Problems*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
- b Dugdale, D. F. «Against oath-taking», [1985] *N.Z.L.J.* 404.
- Graham, Michael H. «Employing Inconsistent Statements for Impeachment and as Substantive Evidence: A Critical Review and Proposed Amendments of Federal Rules of Evidence 801(d)(1)(A), 613, and 607» (1977), 75 *Mich. L. Rev.* 1565.
- c Grant, Alan. «Videotaping Police Questioning: a Canadian Experiment», [1987] *Crim. L.R.* 375.
- Heaton-Armstrong, Anthony, and David Wolchover. «Recording Witness Statements», [1992] *Crim. L.R.* 160.
- d Laskin, Bora. «The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada» (1975), 53 *R. du B. can.* 469.
- e McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 2, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
- Miller, Joyce. *L'enregistrement magnétoscopique des interrogatoires des suspects et des accusés par la police régionale de Halton: sommaire d'une évaluation*. Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1988.
- f Morden, John Wilson. «Evidence—Proof of Own Witness's Prior Inconsistent Statement Where «Adverse»—Section 24, Evidence Act (Ont.)» (1962), 40 *R. du B. can.* 96.
- g Morgan, Edmund M. «Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept» (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177.
- h Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on the Law of Evidence*. Toronto: La Commission, 1976.
- Schiff, Stanley. «The Previous Inconsistent Statement of Opponent's Witness» (1986), 36 *U.T.L.J.* 440.
- i Stuesser, Lee. «Admitting Prior Inconsistent Statements For Their Truth» (1992), 71 *R. du B. can.* 48.
- United States. Senate. Senate Report No. 93-1277, 93rd Cong., 2d Sess. (1974), reprinted in [1974] *U.S. Cong. & Adm. News* 7051.
- j Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 49 O.A.C. 30, dismissing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of second degree murder. Appeal allowed and new trial ordered.

S. Casey Hill and *Scott C. Hutchison*, for the appellant.

Keith E. Wright and *Mary E. Misener*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

LAMER C.J.—The issue in this appeal is the substantive admissibility of prior inconsistent statements by a witness other than an accused. The Crown asks this Court to reconsider the common law rule which limits the use of such statements to impeaching the credibility of the witness. In my opinion, the time has come for the orthodox rule to be replaced by a new rule recognizing the changed means and methods of proof in modern society.

I — The Facts

On April 24, 1988, Joseph Wright and his brother Steven got off a bus at an intersection in Scarborough, Ontario. The brothers crossed the street and began walking home. At about the same time, the respondent and three other young men were driving past the same intersection. An argument started between the group in the car and the two men on the street and shortly thereafter a fight occurred. The brothers were unarmed. In the course of the fight one of the four persons from the vehicle pulled a knife, slashing twice at Joseph's face and then stabbing him in the chest. The stab

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 49 O.A.C. 30, qui a rejeté l'appel du ministère public contre l'acquittement de l'accusé relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

S. Casey Hill et *Scott C. Hutchison*, pour l'appellante.

Keith E. Wright et *Mary E. Misener*, pour l'intimé.

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

LE JUGE EN CHEF LAMER—La question en litige dans le présent pourvoi est l'admissibilité quant au fond des déclarations antérieures incompatibles d'un témoin autre que l'accusé. Le ministère public demande à notre Cour de réexaminer la règle de common law selon laquelle de telles déclarations ne peuvent servir qu'à attaquer la crédibilité du témoin. À mon avis, le temps est venu de remplacer la règle orthodoxe par une nouvelle règle qui traduise les nouveaux moyens et les nouvelles méthodes de preuve dans la société moderne.

I — Les faits

Le 24 avril 1988, Joseph Wright et son frère Steven descendent d'un autobus à une intersection à Scarborough, en Ontario. Les frères traversent la rue et se dirigent vers leur domicile. À peu près au même moment, l'intimé et trois autres jeunes gens passent en voiture à la même intersection. Une dispute s'élève entre le groupe dans la voiture et les deux hommes à pied et peu après, c'est la bagarre. Les frères ne sont pas armés. Pendant la bagarre, l'une des quatre personnes sorties de la voiture brandit un couteau, balafre le visage de Joseph à deux reprises, puis lui enfonce le couteau dans la

wound to the chest penetrated Joseph's heart and killed him. The four young men then fled the scene.

About two weeks later, the three young men involved with the respondent in the incident were interviewed separately by the police. While the appellant states that the three witnesses approached the police to make their statements, the respondent notes that two of the witnesses testified that they approached the police only after the police came to their homes in connection with the police investigation of the killing, and the third witness testified that it was his mother's idea that he give a statement to the police. Each was accompanied by a parent and in one case by a lawyer and each was advised of his right to counsel. It was also made clear that they were under no obligation to answer questions put to them by the police, and while the police told the witnesses that they were not charged with any offence, the interviewers also added the qualification "at this time" in two of the interviews. With the youths' consent the interviews were videotaped.

In their statements, the three young men told the police that the respondent had made statements to them in which he acknowledged that he thought he had, or had, caused the death of the deceased by the use of a knife. The respondent was charged with second degree murder and he entered a plea of not guilty. Following an unsuccessful attempt by the Crown to have the case transferred to adult court, the respondent's trial commenced before Judge MacDonnell in Youth Court on November 14, 1989.

When called at trial by the Crown, the three young men refused to adopt their earlier statements respecting the admissions made by the respondent. The trial judge allowed the Crown to cross-examine them on their prior statements pursuant to s. 9 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. They admitted they had made the statements to the police but said that they had lied to the police and that the respondent had not in fact made

poitrine et lui perce le cœur. Joseph meurt. Les quatre jeunes gens s'enfuient.

Environ deux semaines plus tard, les trois jeunes gens impliqués dans l'incident avec l'intimé sont interrogés séparément par la police. Bien que l'appelante affirme que les trois témoins se sont présentés au poste de police pour faire leur déclaration, l'intimé fait remarquer que deux d'entre eux ont témoigné s'être présentés au poste seulement après que les policiers se furent rendus à leur domicile pour enquêter sur l'homicide et que le troisième a témoigné avoir fait une déclaration à la police à la suggestion de sa mère. Chacun d'eux était accompagné de l'un de ses parents et l'un d'eux, d'un avocat, et chacun a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat. On leur a bien fait comprendre qu'ils n'étaient pas obligés de répondre aux questions que leur posaient les policiers et, quoique les policiers aient dit aux témoins qu'aucune accusation n'était portée contre eux, au cours de deux des interrogatoires, ceux qui les interrogeaient ont ajouté cette réserve: [TRADUCTION] «pour l'instant». Avec le consentement des jeunes, les interrogatoires ont été enregistrés sur bande vidéo.

Dans leurs déclarations, les trois jeunes gens ont dit aux policiers que l'intimé avait reconnu, au cours d'une conversation avec eux, qu'il croyait avoir tué, ou qu'il avait tué, la victime avec un couteau. L'intimé a été inculpé de meurtre au deuxième degré et il a plaidé non coupable. Après que le ministère public eut tenté sans succès de faire renvoyer la cause devant le tribunal pour adultes, le procès de l'intimé a commencé le 14 novembre 1989 devant le juge MacDonnell du Tribunal pour adolescents.

Témoins à charge, les trois jeunes gens ont refusé de reconnaître leurs déclarations antérieures au sujet des aveux de l'intimé. Le juge du procès a permis au ministère public de les contre-interroger sur leurs déclarations antérieures conformément à l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Ils ont admis avoir fait les déclarations à la police, mais ont dit qu'ils avaient menti et qu'en réalité, l'intimé n'avait pas fait les déclara-

the incriminating statements that they had previously attributed to him. Their explanation for having lied to the police was that they did so to exculpate themselves from possible involvement. They claimed to have either forgotten what occurred when the respondent was alleged to have made his inculpatory statements, or to have not heard the respondent.

The trial judge held that the only use that could be made of the prior inconsistent statements of the three witnesses was with respect to their credibility, and that the prior inconsistent statements could not be used as evidence of the truth of the matters stated therein; that is, they could not be tendered as proof that the respondent actually made the admissions. The only other evidence of the identity of the assailant was identification evidence provided by the victim's brother, who identified the accused at trial (in a "dock" identification with little evidential value) and testified as to the appearance of the deceased's assailant. The trial judge found that the dock identification was "naked opinion given 19 months after the event", and that the brother had only a poor opportunity to observe his brother's attacker. Doubts also existed in connection with his latter evidence because of several inconsistencies between elements of his description of the attacker shortly after the incident and elements of his description at trial, including: the type of jacket and pants worn by the assailant, the clothing of the other youths, and the height and weight of the assailant relative to the other youths. At trial, the respondent argues, several other elements of the brother's description did not match the respondent's characteristics, including: the colour of the respondent's skin relative to the other youths, the fact that the assailant held the knife in his right hand while the respondent was described as left-handed by two of the recanting witnesses, whether the assailant wore jewellery, and the colour of the assailant's hair.

As a result of the doubt which existed with respect to the issue of identification, and in the absence of other admissible evidence, the trial judge acquitted the respondent.

rations incriminantes qu'ils lui avaient attribuées. Ils ont expliqué avoir menti aux policiers pour se disculper. Ils ont prétendu qu'ils avaient oublié ce qui s'était passé quand l'intimé leur aurait fait des déclarations incriminantes, ou qu'ils ne l'avaient pas entendu.

Le juge du procès a décidé que les déclarations antérieures incompatibles des trois témoins ne pouvaient servir qu'à attaquer leur crédibilité et qu'elles ne pouvaient être utilisées comme preuve de la véracité de leur contenu; c'est-à-dire qu'elles ne pouvaient pas être utilisées pour prouver que l'intimé avait vraiment fait des aveux. La seule autre preuve de l'identité de l'agresseur était l'identification par le frère de la victime, qui l'a identifié au procès (au banc des accusés, ce qui constitue un élément de preuve de peu de valeur) et a témoigné au sujet de l'apparence de l'agresseur de la victime. Le juge du procès a décidé que cette identification représentait [TRADUCTION] «une simple opinion donnée 19 mois après le fait» et que le témoin n'avait pas eu la possibilité de bien observer l'agresseur de son frère. Son témoignage ultérieur a aussi suscité des doutes parce qu'il comportait plusieurs contradictions entre la description qu'il a faite de l'agresseur peu après l'incident et celle qu'il a faite au procès, notamment quant aux points suivants: le type de blouson et de pantalon de l'agresseur, les vêtements des autres jeunes gens et la taille et le poids de l'agresseur par rapport à ceux des autres. Au dire de l'intimé, plusieurs autres éléments de la description donnée par le frère au procès ne correspondent pas aux caractéristiques de l'intimé, dont ceux-ci: la couleur de la peau de l'intimé par rapport à celle des autres jeunes gens, le fait que l'agresseur tenait le couteau dans sa main droite alors que deux des témoins qui se sont rétractés ont dit que l'intimé était gaucher, la question de savoir si l'agresseur portait des bijoux et la couleur de ses cheveux.

En raison du doute qui existait relativement à l'identification et en l'absence d'autres éléments de preuve admissibles, le juge du procès a acquitté l'intimé.

The appellant appealed the acquittal to the Court of Appeal for Ontario, which stated that it was bound by the decisions of this Court, and accordingly dismissed the appeal.

Between the filing of the parties' facts and the hearing of this appeal, the three witnesses pleaded guilty to perjury. The Crown brought a motion on the day of oral argument in this appeal to adduce this new evidence which it asserted was relevant to two issues: (i) whether the operation of a revised rule would tend to enhance or detract from the public's perception of and respect for the administration of justice, and (ii) whether the application of the orthodox rule had caused a miscarriage of justice in this case. Counsel for the respondent consented to the admission of this fresh evidence on this basis and for this purpose alone, and not as evidence of the respondent's innocence or guilt. Counsel for the Crown agreed to this limitation.

II — Judgments Below

Youth Court

Judge MacDonnell first assessed the evidence with respect to the events which led up to Joseph Wright's death and found that the victim's brother essentially told the truth regarding the sequence of events preceding and during the fight. He rejected the evidence of the three young men who were present in the car with the respondent. Judge MacDonnell held:

... those three witnesses were obviously and deliberately untruthful in their sworn evidence before me with respect to material matters. Their account of how this fight occurred is not only at odds with the evidence of Steven Wright, Sean Dowling and in my opinion, Ruth Kazan [two independent witnesses], it is at odds with common sense.

Judge MacDonnell next considered whether the Crown had proved that the person who used the knife was the respondent. In this regard, the judge found that the identification evidence of the victim's brother was weak and could not, standing by

L'appelante a formé un appel de l'acquittement devant la Cour d'appel de l'Ontario, qui a déclaré qu'elle était liée par les arrêts de notre Cour et qui, en conséquence, a rejeté l'appel.

Entre la date du dépôt des mémoires des parties et celle de l'audition du présent pourvoi, les trois témoins ont plaidé coupables à une accusation de parjure. Le ministère public a présenté une requête le jour des plaidoiries dans le présent pourvoi en vue de produire cette nouvelle preuve qui était, à son avis, pertinente par rapport à deux questions: premièrement, si une règle révisée tendrait à améliorer ou à dégrader l'image de l'administration de la justice dans le public et à augmenter ou à diminuer le respect du public pour celle-ci; deuxièmement, si l'application de la règle orthodoxe a entraîné une erreur judiciaire en l'espèce. L'avocat de l'intimé a consenti à l'admission de ces nouveaux éléments de preuve sur cette base et à cette seule fin, et non pour ce qui est d'établir l'innocence ou la culpabilité de l'intimé. L'avocat du ministère public a consenti à cette limitation.

II — Les juridictions inférieures

Le Tribunal pour adolescents

Le juge MacDonnell a d'abord évalué la preuve relative aux faits qui ont amené le décès de Joseph Wright et il a conclu que le frère de la victime avait, pour l'essentiel, dit la vérité au sujet du déroulement des faits avant et pendant la bagarre. Il a écarté les témoignages des trois jeunes gens qui se trouvaient dans la voiture avec l'intimé. Il a décidé ce qui suit:

[TRADUCTION] ... de toute évidence, ces trois témoins ont délibérément menti en déposant sous serment devant moi sur les faits essentiels. Leur version de ce qui a causé la bagarre non seulement est contredite par le témoignage de Steven Wright, de Sean Dowling et, à mon avis, de Ruth Kazan [deux témoins indépendants], mais est contraire au bon sens.

Le juge MacDonnell a examiné ensuite la question de savoir si le ministère public avait prouvé que l'intimé était la personne qui avait utilisé le couteau. À cet égard, il a conclu que la preuve d'identification par le frère de la victime était fai-

itself, establish beyond a reasonable doubt that the respondent was the person with the knife. Judge MacDonnell was also of the opinion that there was no circumstantial evidence supporting this identification evidence. With respect to the respondent's friends' statements to the police that the respondent admitted to using the knife in the fight with Joseph Wright, Judge MacDonnell held that he was precluded from considering these statements as evidence that the respondent made those admissions. As to their testimony given at trial, the judge was of the view that the three witnesses lied under oath. He stated that he disbelieved their testimony "based on my assessment of the entirety of the content of their testimony and, very importantly, the manner in which it was given. With respect to the latter point, in my opinion they were anything but forthright." He concluded on this point:

In my opinion, each of these three witnesses lied to me with respect to having lied to the police about what the accused said to them. I have no doubt that their recantations are false. That is, I have no doubt that on this point they were telling the police the truth as they knew it about what the accused said. That finding is not necessarily the same as a finding that the accused made the admissions, but it is tantamount to that finding.

Judge MacDonnell reluctantly followed, however, the traditional common law position that the only use that could be made of the prior inconsistent statements of a witness other than an accused which the witness does not adopt was to impeach his credibility. The judge refused to apply the reasoning of Estey J., concurring in the result in *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588, which would expand significantly the use to be made of unadopted prior inconsistent statements.

Court of Appeal (1991), 49 O.A.C. 30

The Ontario Court of Appeal refused to reconsider the present validity of the common law rule as to the use of prior inconsistent statements, rejecting the appellant's submission that in the particular circumstances of this case the premises upon which the rule was founded were not applicable. The court held (at p. 32):

ble et ne pouvait pas, en soi, établir hors de tout doute raisonnable que l'intimé était cette personne. Le juge MacDonnell s'est aussi dit d'avis qu'aucune preuve circonstancielle n'étayait cette preuve d'identification. Quant aux déclarations des amis de l'intimé aux policiers selon lesquelles il aurait avoué avoir utilisé le couteau lors de la bagarre avec Joseph Wright, il a décidé qu'il lui était interdit de considérer ces déclarations comme une preuve du fait que l'intimé avait fait ces aveux. En ce qui a trait à leur déposition au procès, le juge a émis l'avis qu'ils s'étaient parjurés. Il a déclaré qu'il n'ajoutait pas foi à leur témoignage [TRADUCTION] «en se fondant sur [son] évaluation de tout le contenu de leur témoignage et, chose très importante, sur la manière dont ils ont témoigné. Sous ce dernier aspect, leur déposition n'avait, selon moi, rien de franc.» Il a conclu là-dessus:

[TRADUCTION] À mon avis, chacun de ces trois témoins m'a menti en disant avoir menti à la police au sujet de ce que l'accusé leur avait dit. Je suis certain que leur rétractation est fausse. C'est-à-dire que je suis certain que, sur ce point, ce qu'ils ont dit à la police au sujet de ce que l'accusé leur avait dit était vrai. En arriver à cette conclusion n'est pas nécessairement la même chose que conclure que l'accusé a avoué, mais c'est l'équivalent.

Le juge MacDonnell a cependant suivi à contrecœur le point de vue traditionnel de la common law selon lequel les déclarations antérieures incompatibles d'un témoin (autre que l'accusé) qui se rétracte ne peuvent servir qu'à attaquer la crédibilité du témoin. Le juge a refusé d'appliquer le raisonnement du juge Estey, qui a souscrit au résultat, dans l'arrêt *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588, qui élargirait beaucoup l'utilisation qui peut être faite des déclarations antérieures incompatibles rétractées.

La Cour d'appel (1991), 49 O.A.C. 30

La Cour d'appel de l'Ontario a refusé de réexaminer la validité actuelle de la règle de common law relative à l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles, repoussant l'argument de l'appelante que, vu les circonstances particulières de l'espèce, le fondement de la règle n'était plus applicable. La cour a conclu (à la p. 32):

That prior inconsistent statements of a witness may only be used in assessing the credibility of a witness, and may not be used as evidence of the truth of the matters stated therein, is a principle of criminal law in Canada of long standing which was recognized in *Deacon v. The King* [[1947] S.C.R. 531]. In *R. v. Mannion* [[1986] 2 S.C.R. 272], the rule was restated by the Supreme Court of Canada. In that case, the court was invited to review the rule so as to make admissible as evidence of their contents such past contradictory statements by nonparty witnesses where it is shown that they had been made under oath and subject to cross-examination, but the court found it unnecessary to deal with that issue. In *Corbett v. The Queen* [[1988] 1 S.C.R. 670], the rule was again restated, and more recently in *R. v. Kuldip* [[1990] 3 S.C.R. 618], a judgment of the Supreme Court of Canada, released December 7, 1990, the principle appears to have been once again reaffirmed.

The court concluded that it was bound by the judgments of the Supreme Court of Canada and that it was inappropriate for it to review the traditional rule. Therefore, it dismissed the appeal.

III — Grounds for Appeal

The Crown now appeals to this Court on the following ground: whether the Ontario Court of Appeal erred in law when it held that the learned trial judge did not err in law when he held that the prior inconsistent statements of several witnesses could not be used as evidence of the facts alleged in the statements. In urging this Court to reconsider or refrain from reconsidering the orthodox rule, the parties also addressed the issues of *stare decisis* and whether the change in the law proposed by the appellant should be made by Parliament rather than this Court.

IV — Analysis

A. *History and Development of the Orthodox Rule*

In his reasons in *McInroy*, *supra*, Estey J. traced the origins of the orthodox rule that prior inconsistent statements are admissible only to impeach the credibility of a witness, and not as evidence of the truth of their contents. The rule was first stated by

[TRADUCTION] Il est bien établi en droit pénal canadien que les déclarations antérieures incompatibles ne peuvent servir qu'à l'évaluation de la crédibilité d'un témoin et qu'elles ne peuvent servir à prouver les faits auxquels elles se rapportent; c'est un principe qui a été reconnu dans l'arrêt *Deacon c. The King* [[1947] R.C.S. 531]. Dans l'arrêt *R. c. Mannion* [[1986] 2 R.C.S. 272], la Cour suprême du Canada a réaffirmé la règle. Dans cette affaire, la Cour avait été priée de réexaminer la règle afin de tenir pour admissibles, à titre de preuve de leur contenu, les déclarations antérieures incompatibles des témoins non parties au litige, s'il était démontré qu'elles avaient été faites sous serment et avaient fait l'objet d'un contre-interrogatoire, mais la Cour n'a pas jugé nécessaire de traiter de la question. Dans l'arrêt *Corbett c. La Reine* [[1988] 1 R.C.S. 670], la règle a de nouveau été réaffirmée et, plus récemment, dans l'arrêt de la Cour suprême *R. c. Kuldip* [[1990] 3 R.C.S. 618], rendu le 7 décembre 1990, il semble que le principe a été confirmé une fois de plus.

La cour a conclu qu'elle était liée par les arrêts de la Cour suprême du Canada et qu'il ne convenait pas de réexaminer la règle traditionnelle. Par conséquent, elle a rejeté l'appel.

III — Moyen d'appel

Le ministère public forme maintenant le présent pourvoi devant notre Cour sur le point suivant: la Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit en décidant que les déclarations antérieures incompatibles de plusieurs témoins ne pouvaient pas être utilisées pour établir les faits qu'elles relataient? Exhortant notre Cour soit à réexaminer, soit à s'abstenir de réexaminer, la règle orthodoxe, les parties ont également débattu la question du *stare decisis* et celle de savoir s'il appartient au législateur ou à notre Cour de modifier la loi comme le propose l'appelante.

IV — Analyse

A. *Historique et évolution de la règle orthodoxe*

Dans ses motifs dans l'arrêt *McInroy*, précité, le juge Estey est remonté à l'origine de la règle orthodoxe selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles ne sont admissibles que pour attaquer la crédibilité du témoin et non pour prou-

Denman C.J. in *Wright v. Beckett* (1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143, at p. 145 E.R.:

The other danger [of permitting cross-examination of a witness found to be hostile by the party which called the witness] is, that the statement, which is admissible only to contradict the witness, may be taken as substantive proof in the cause. But this danger equally arises from the contradiction of an adverse witness: it is met by the Judge pointing out the distinction to the jury, and warning them not to be misled. It is not so abstruse but that Judges may explain it, and juries perceive its reasonableness; and it is probable that they most commonly discard entirely the evidence of him who has stated falsehoods, whether sworn or unsworn.

Estey J. noted that courts continued to apply this rule after the enactment of *The Common Law Procedure Act, 1854* (U.K.), 17 & 18 Vict., c. 125, s. 22, and its criminal law parallel in S.C. 1869, c. 29, s. 68, which have survived in s. 9(1) of the *Canada Evidence Act*. However, Estey J. also observed that the rule was not unchallenged in the 19th century. In *Attorney General v. Hitchcock* (1847), 16 L.J. Ex. 259, at p. 261, Pollock C.B., Parke B. concurring, said:

If you ask a witness whether he has not made a certain statement which would be material, and opposed to part of his testimony, you may then call witnesses to prove that he has made the statement, and the jury are at liberty to believe either the one account or the other.

The debate over the merits of the orthodox rule continued into the 20th century in decisions like *R. v. Duckworth* (1916), 26 C.C.C. 314 (Ont. S.C., App. Div.), in which the court affirmed the orthodox rule of limited admissibility by a 4 to 1 margin. For the majority, Clute J. characterized the Crown's suggestion that evidence of prior inconsistent statements by Crown witnesses who recanted should be substantively admissible as (at p. 324) a rather "startling proposition and one to which I cannot accede except upon the clearest authority. None has been cited." Clute J. further

ver la véracité de leur contenu. C'est le juge en chef Denman qui a le premier énoncé la règle dans l'arrêt *Wright c. Beckett* (1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143, à la p. 145 E.R.:

[TRADUCTION] L'autre danger [de permettre le contre-interrogatoire du témoin déclaré hostile par la partie qui l'a cité à comparaître] est que la déclaration, qui n'est admissible que pour contredire le témoin, devienne une preuve valable au fond. Ce danger existe également lorsqu'on contredit un témoin défavorable. Ce danger est écarté quand le juge explique la distinction au jury et le met en garde. Ce n'est pas obscur au point d'empêcher les juges d'en expliquer le sens et les jurés d'en comprendre la raison; il est fort probable qu'en général les jurés ne tiennent aucun compte du témoignage d'une personne qui a fait des déclarations mensongères, sous serment ou non.

Le juge Estey a fait observer que les tribunaux ont continué d'appliquer cette règle après la promulgation de *The Common Law Procedure Act, 1854* (R.-U.), 17 & 18 Vict., ch. 125, art. 22, et de son équivalent en droit criminel dans S.C. 1869, ch. 29, art. 68, qui ont survécu sous la forme du par. 9(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Toutefois, le juge Estey a aussi fait remarquer que la règle a eu des adversaires au XIX^e siècle. Dans l'arrêt *Attorney General c. Hitchcock* (1847), 16 L.J. Ex. 259, à la p. 261, le baron en chef Pollock, aux motifs duquel souscrit le baron Parke, écrit:

[TRADUCTION] Lorsqu'on demande à un témoin s'il n'a pas fait une déclaration antérieure importante et incompatible avec une partie de sa déposition, on peut citer des témoins pour prouver qu'il l'a faite et le jury est libre de croire l'une ou l'autre version.

Le débat sur le bien-fondé de la règle orthodoxe s'est poursuivi au XX^e siècle dans des arrêts comme *R. c. Duckworth* (1916), 26 C.C.C. 314 (C.S. Ont., Div. app.), dans lequel la cour a confirmé à la majorité de trois voix (4 contre 1) la règle orthodoxe de l'admissibilité limitée. Au nom de la majorité, le juge Clute a dit que la suggestion du ministère public selon laquelle la preuve de déclarations antérieures incompatibles faites par des témoins à charge qui s'étaient rétractés devrait être admissible quant au fond était une (à la p. 324) [TRADUCTION] «proposition [assez] surprenante,

said of s. 9 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1906, c. 145, that (at p. 329):

This section was passed not to admit what was not evidence, but for the purpose of contradiction. It does not provide that what was not otherwise evidence becomes evidence by the section, but simply that, before the party can be contradicted, the witness must, in the opinion of the Court, prove adverse. . . .

Riddell J. concurred, relying however on an edition of *Wigmore on Evidence* which predated the introduction of criticism of the orthodox rule in that work. Masten J. joined the majority, although only reluctantly since he doubted the ability of the jury member to follow the judge's limiting instructions (at p. 353):

Assume that he reaches the conclusion that the testimony now being given at the trial is false, and that the earlier statement is true: The duty of the jurymen then is to disregard the evidence given by the witness at the trial, as being false testimony. But, having reached that conclusion, and having struck from his mind the testimony of the witness, he must then proceed to obliterate as well the statement given by the witness on the previous occasion, which he has just concluded a moment before to be true. Is that humanly possible?

In declining to follow the orthodox rule, Meredith C.J.C.P. (at p. 359) asserted that "[c]ases decided in the dark ages of the law of evidence, when, among other strange things, a party was not at liberty to discredit his own witness, cannot be very helpful for any purpose in these days, in this Province. . . ." Meredith C.J.C.P. continued at p. 360:

And I hold that, if he [the trial judge] had told them [the jury] that, if from anything said by the witnesses at the trial and from their demeanour, they found that their statements on the former occasion were true, then such statements would be evidence at the trial, evidence from the witnesses' own lips, as the Judge put it, as well as from that other test of truthfulness, their demeanour.

que je ne saurais approuver qu'en m'appuyant sur des autorités très sûres. Or, aucune n'a été citée.» Le juge Clute ajoute, au sujet de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1906, ch. 145 (à la p. 329):

[TRADUCTION] Cet article a été adopté non pas pour admettre ce qui ne constitue pas une preuve, mais pour permettre la réfutation. Il ne dit pas que ce qui n'était pas une preuve en devient une, mais simplement que, avant que le témoin puisse être contredit, il doit être, de l'avis du tribunal, opposé à la partie en cause. . .

Le juge Riddell a souscrit à ces propos, mais il s'appuyait cependant sur une édition de *Wigmore on Evidence* qui date d'avant l'introduction de la critique de la règle orthodoxe dans cet ouvrage. Le juge Masten s'est rallié à la majorité, encore que sans enthousiasme car il doutait qu'un juré soit à même de suivre les directives du juge sur la valeur limitée de la preuve (à la p. 353):

[TRADUCTION] Supposons qu'il conclue que le témoignage fait au procès est faux et que la déclaration antérieure est vraie. Il incombe alors au juré de ne pas tenir compte du témoignage entendu au procès, car il s'agit d'un faux témoignage. Mais, après avoir tiré cette conclusion, et avoir effacé de sa mémoire la déposition du témoin, il doit alors effacer aussi la déclaration faite antérieurement par le témoin, à la véracité de laquelle il vient de conclure. Est-ce humainement possible?

En refusant de suivre la règle orthodoxe, le juge en chef Meredith affirme, à la p. 359, que [TRADUCTION] «[l]a jurisprudence qui remonte au moyen âge en droit de la preuve, à l'époque où, entre autres bizarreries, il n'était pas loisible à une partie de contester la véracité du témoignage des témoins qu'elle avait cités, ne saurait être d'un grand secours à notre époque, dans cette province . . . ». Il ajoute à la p. 360:

[TRADUCTION] Et je conclus que, s'il [le juge du procès] leur avait dit [aux jurés] que s'ils concluaient d'après ce que les témoins ont dit au procès et d'après leur comportement que leurs déclarations antérieures étaient vraies, alors ces déclarations constitueraient une preuve au procès, preuve de la bouche même des témoins, comme l'a dit le juge, et preuve selon l'autre critère de véracité, savoir leur comportement.

This Court first adopted the orthodox rule in *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531, and, unlike the court in *Duckworth*, was unanimous on the point. However, both Kerwin J. and Rand J. exhibited a strong awareness of the arguments against the orthodox rule. Kerwin J. (for Rinfret C.J., Taschereau and Estey JJ.) held at p. 534 that the fact that a sketch made by a witness which contradicted her present testimony, was made an exhibit,

does not take the exhibit out of the category of something merely going to the credibility of the witness and raise it to the status of something that as against the accused is to be taken as evidence of the truth of the statements contained in the writing. A contrary proposition would be entirely foreign to our criminal law.

Rand J. concurred (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. . . . 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 the jury, but the long experience of the courts is against it.

The first, and only, hint of contention respecting the orthodox rule in this Court was in the reasons of Estey J. in *McInroy*.

In *McInroy*, a Crown witness had made a statement to the police in connection with the appellant *McInroy's* trial for murder, claiming that the appellant had admitted killing the victim and being paid to do so. At trial, the witness claimed to not remember making the statement. The Crown applied under s. 9(2) of the *Canada Evidence Act*

Notre Cour a adopté la règle orthodoxe, pour la première fois, dans l'arrêt *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531, et, contrairement à la cour dans l'arrêt *Duckworth*, a rendu un arrêt unanime. Toutefois, les juges Kerwin et Rand ont montré qu'ils étaient bien conscients des arguments qui militaient contre cette règle. Le juge Kerwin, au jugement duquel ont souscrit le juge en chef Rinfret et les juges Taschereau et Estey, a conclu, à la p. 534, que le fait qu'une esquisse faite par un témoin, qui contredisait son témoignage au procès, ait été déposée à titre de pièce

[TRADUCTION] ne lui enlève pas son caractère de preuve destinée seulement à attaquer la crédibilité du témoin et ne l'élève pas au rang d'une preuve jouant contre l'accusé et attestant la vérité des déclarations contenues dans le document. Soutenir le contraire irait complètement à l'encontre de notre droit criminel.

Le juge Rand souscrit à ces propos (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 [. . .] 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.

La première, et la seule, pointe de contestation de la règle orthodoxe dans notre Cour se trouve dans les motifs du juge Estey dans l'arrêt *McInroy*.

Dans cette affaire, un témoin à charge avait fait une déclaration à la police relativement au procès de l'appellant *McInroy*, inculpé de meurtre, affirmant que l'appellant avait avoué avoir tué la victime contre rémunération. Au procès, le témoin a prétendu ne pas se rappeler avoir fait cette déclaration. Le ministère public a demandé la permission,

to cross-examine the witness on her prior inconsistent statement, and a *voir dire* was held. When confronted with her written statement, the witness persisted in her claim not to remember any of the matters contained within it. In his charge to the jury, the trial judge carefully stated the orthodox rule:

... I repeat that in light of her continued inability to remember those questions and answers, they do not form part of her evidence and accordingly are not to be taken as evidence of the truth of what is contained therein, but are only to be considered by you in testing or determining her credibility as a witness.

The British Columbia Court of Appeal, [1977] 4 W.W.R. 734, held that the trial judge had erred in permitting Crown counsel to cross-examine the witness as an adverse witness, since her credibility was not in issue and she "had testified to nothing damaging to the Crown's case" (p. 742).

The Supreme Court of Canada allowed the Crown's appeal. Martland J. (Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz and Pratte JJ. concurring) held that the Court of Appeal had misconstrued s. 9(2) as requiring the witness to be adverse, when in fact all the trial judge was required to do under the section was to determine whether the previous statement in writing or reduced to writing was in fact inconsistent with the witness's present testimony. Martland J. was of the opinion that there was a clear inconsistency in the witness's testimony and that the trial judge had correctly exercised his discretion. Furthermore, Martland J. noted (at p. 605) that "[t]he trial judge was careful to explain . . . the limited extent to which that cross-examination might be considered by the jury."

Estey J. differed in his attitude towards the orthodox rule. He wrote (at pp. 606-7):

en application du par. 9(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, de contre-interroger le témoin sur sa déclaration antérieure incompatible et un voir-dire a été tenu. Quand on lui a présenté sa déclaration écrite, le témoin a continué à prétendre ne se souvenir d'aucune partie de celle-ci. Dans ses directives au jury, le juge du procès a exposé minutieusement la règle orthodoxe:

[TRADUCTION] . . . je vous répète donc que puisqu'elle était totalement incapable de se rappeler les questions et réponses, les extraits de la déclaration ne font pas partie de sa déposition et ne doivent donc pas être considérés comme preuve de la vérité de ce qu'ils énoncent; vous pouvez seulement en tenir compte pour évaluer la crédibilité du témoin.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [1977] 4 W.W.R. 734, a décidé que le juge du procès avait commis une erreur en autorisant le ministère public à contre-interroger le témoin en tant que témoin opposé, parce que sa crédibilité n'était pas en cause et qu'elle [TRADUCTION] «n'avait fait aucune déclaration défavorable à la poursuite» (à la p. 742).

La Cour suprême du Canada a fait droit au pourvoi du ministère public. Le juge Martland (aux motifs duquel ont souscrit les juges Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz et Pratte) a conclu que la Cour d'appel avait mal interprété le par. 9(2) en disant qu'il devait s'agir d'un témoin opposé, alors qu'en fait, le juge du procès était seulement tenu, sous le régime de cette disposition, de déterminer si la déclaration antérieure écrite, ou consignée, était de fait incompatible avec la déposition du témoin au procès. Le juge Martland s'est dit d'avis que la déposition du témoin contenait de toute évidence une contradiction et que le juge du procès avait exercé à bon droit son pouvoir discrétionnaire. Au surplus, le juge Martland a fait remarquer (à la p. 605) que «[l]e juge a soigneusement expliqué [. . .] la portée restreinte que le jury pouvait accorder au contre-interrogatoire».

Le juge Estey a adopté un point de vue différent sur la règle orthodoxe. Il a écrit (aux pp. 606 et 607):

It is in my respectful view both an error in law and an offence against common sense to instruct the jury that the witness's prior statement, particularly when given in the circumstances of this case, may be considered by the jury only on the issue as to credibility of the witness, St. Germaine, and must be disregarded on the issues of fact arising in this statement; and, more precisely, that the jury must be told that the prior statement may not be considered by them as proof or even as some evidence relating to the matters asserted in that statement.

Estey J. noted that the only basis for excluding the relevant evidence of St. Germaine's prior statement (and the admissions of the accused it reported) was the hearsay rule, but that in the case of prior inconsistent statements (at p. 614) "the speaker of the 'hearsay' is indeed in the witness box available for cross-examination and subject to the scrutiny of the trier of fact". He then canvassed authorities criticizing the orthodox rule on various bases, including the difficulty of applying the distinction between permissible and impermissible uses of evidence of the prior statement, the fact that if a witness contradicts his or her evidence in chief during cross-examination, both versions may be considered to ascertain the truth, and that the circumstances at trial mean there is no real reason to classify the statement as hearsay.

He based his ultimate rejection of the orthodox rule on the narrower basis of s. 9(2), however, which he noted was enacted in 1968, after this Court's decision in *Deacon*, and which gave no indication that it was limited to procedural concerns only. Estey J. concluded that the proper interpretation of s. 9(2) was that it permitted the trier of fact, once the procedural requirements of the section were met, to take into appreciation all the evidence given by the witness, both in the prior statement to the police and her testimony at trial.

Avec égards, c'est à la fois une erreur de droit et une insulte au bon sens de dire au jury que la déclaration antérieure du témoin, particulièrement quand elle est faite dans des circonstances comme les présentes, ne peut être prise en considération que pour évaluer la crédibilité du témoin, M^{me} St. Germaine, et doit être écartée sur les questions de fait dont elle traite; plus précisément, c'est une erreur de dire au jury qu'il ne peut considérer la déclaration antérieure comme une preuve ni même comme un élément de preuve des faits qu'elle énonce.

Le juge Estey a fait remarquer que la preuve pertinente que représente la déclaration antérieure de St. Germaine (et les aveux de l'accusé qu'elle relatait) ne pouvait être écartée qu'en application de la règle du oui-dire, mais que dans le cas des déclarations antérieures incompatibles (à la p. 614), «l'auteur du «oui-dire» est à la barre des témoins; elle peut être contre-interrogée et le juge du fond peut observer son comportement». Il a ensuite passé en revue la jurisprudence qui critiquait la règle orthodoxe pour diverses raisons, y compris la difficulté d'appliquer la distinction entre les utilisations de la déclaration antérieure qui peuvent être autorisées et celles qui ne le peuvent pas, le fait que si un témoin, en contre-interrogatoire, contredit son témoignage fait à l'interrogatoire principal, le tribunal peut prendre en considération à la fois l'une et l'autre version pour déterminer la vérité, et le fait qu'étant donné les circonstances du procès, il n'y a aucune véritable raison de considérer cette preuve comme du oui-dire.

Toutefois, en dernière analyse, il s'est fondé uniquement sur le texte du par. 9(2) pour rejeter la règle orthodoxe; il a noté que ce paragraphe a été promulgué en 1968, après l'arrêt *Deacon* de notre Cour et que, dans cette disposition, rien n'indiquait qu'elle était limitée à des questions de procédure. Le juge Estey a conclu que, interprété correctement, le par. 9(2) permet au juge des faits de tenir compte, une fois la procédure prescrite au paragraphe respectée, de toute la déposition du témoin, tant dans sa déclaration antérieure faite à la police que dans sa déposition devant la cour.

Estey J.'s reliance on this narrow ground to reject the orthodox rule prompted criticism from R. J. Delisle, who noted in a comment on *McInroy* ((1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 162, at p. 166) that the departure from the orthodox rule might be welcomed, but also observed that there were problems inherent in "the piecemeal nature of the judicial amendment" which created anomalies by the different treatment of evidence admitted under s. 9(1) and (2).

This Court did not take up Estey J.'s challenge to the orthodox rule, but instead has restated the orthodox rule in several recent cases, including *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915. However, it is also important to note that in none of these cases was the orthodox rule itself directly challenged, as it has been in this appeal. Instead, those decisions used the orthodox rule as a point of comparison, or as the model for a separate rule, as must be addressed in connection with *Kuldip*.

Special attention must be paid to *Kuldip*. In that case, the respondent challenged the use of his inconsistent testimony from a prior trial to impeach his credibility at his present trial on the ground that it violated his right under s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which provides:

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

I held, for the majority, that there was no violation of s. 13, since using a prior inconsistent statement from a former proceeding during cross-examination to impeach the credibility of the accused only does not thereby incriminate the accused. If the trial judge charged the jury respecting the permissible uses of the prior testimony, there would be no incrimination of the accused by the prior testi-

En se basant sur ce motif étroit pour rejeter la règle orthodoxe, le juge Estey s'est exposé à une critique de R. J. Delisle, qui a fait observer dans son commentaire de l'arrêt *McInroy* ((1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 162, à la p. 166) qu'il était peut-être souhaitable de modifier la règle orthodoxe, mais aussi que le [TRADUCTION] «caractère fragmentaire des modifications apportées», soulevait inévitablement des problèmes; en effet, il en résulte des anomalies qui découlent du traitement différent des éléments de preuve selon qu'ils sont admis en application du par. 9(1) ou 9(2).

Notre Cour n'a pas donné son adhésion à la remise en question de la règle orthodoxe par le juge Estey, mais a plutôt repris cette règle dans plusieurs arrêts récents, dont les arrêts *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915. Toutefois, il importe aussi de noter que, dans aucune de ces affaires, la règle orthodoxe elle-même n'a été contestée directement, comme elle l'est en l'espèce. Elle y a plutôt été utilisée comme point de comparaison ou comme modèle pour une règle distincte, comme celle en cause dans l'arrêt *Kuldip*.

Il y a lieu de porter une attention spéciale à l'arrêt *Kuldip*. Dans cette affaire, l'intimé a contesté l'utilisation de son témoignage incompatible fait au cours d'un procès antérieur, pour attaquer sa crédibilité, parce que cela violait le droit que lui garantit l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui est ainsi conçu:

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

Au nom de la majorité, j'ai conclu à l'absence de violation de l'art. 13 parce que l'emploi, en contre-interrogatoire, d'une déclaration incompatible faite au cours d'une procédure antérieure, seulement pour attaquer la crédibilité de l'accusé, n'incrimine pas ce dernier. Si le juge du procès a expliqué au jury les utilisations du témoignage antérieur qui étaient admissibles, ce témoignage antérieur n'in-

mony. My holding in *Kuldip* should be understood not as merely restating and applying the orthodox rule, but as establishing a *Charter* rule recognizing the unique circumstances of compulsion surrounding such statements. In *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, I wrote for the majority (at p. 358) that

the purpose of s. 13, when the section is viewed in the context of s. 11(c) and (d) [of the *Charter*], is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves, to ensure that the Crown will not be able to do indirectly that which s. 11(c) prohibits.

Indeed, prior statements made by the accused would not have been excluded by the orthodox rule because they are admissions, and substantively admissible under the applicable hearsay exception. This reinforces my characterization of the holding in *Kuldip* as an independent *Charter* rule of evidence, rather than merely an application of the orthodox rule.

It must also be remembered that *Kuldip* and s. 13 of the *Charter* refer to a very special subset of prior inconsistent statements, in which the prior statement is made by an accused in a proceeding who testifies at a future proceeding and which, if admitted for the truth of its contents, would incriminate him in the second proceeding. Furthermore, s. 13 applies only to a witness who testifies in a "proceeding"; while this Court has yet to explore the outer boundaries of this term, cases decided to date have concentrated on judicial proceedings such as trials and preliminary inquiries: see *Dubois*. A police interview, even where the witness makes his or her statement under oath, may not be a "proceeding" for the purposes of s. 13. As this precise issue does not arise in this appeal, I will make no further comments on this point.

In the present appeal, and the more usual course of events, there is no question of incriminating the

crimine pas l'accusé. Il faut bien comprendre qu'en arrivant à cette conclusion dans l'arrêt *Kuldip*, je n'ai pas seulement repris et appliqué la règle orthodoxe, mais j'ai aussi énoncé une règle d'interprétation de la *Charte* qui reconnaît les circonstances exceptionnelles dans lesquelles de telles déclarations sont faites, savoir sous la contrainte. Dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, j'ai écrit, au nom de la majorité (à la p. 358):

... l'objet de la l'art. 13, lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11c) et d) [de la *Charte*], est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer, pour veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l'al. 11c) interdit.

En effet, les déclarations antérieures faites par l'accusé n'auraient pas été exclues par la règle orthodoxe parce qu'elles constituent des aveux et qu'elles sont admissibles quant au fond conformément à l'exception à l'exclusion du oui-dire qui est applicable. Voilà une raison de plus d'affirmer que la règle énoncée dans l'arrêt *Kuldip* est une règle de preuve distincte, consacrée par la *Charte*, et non une simple application de la règle orthodoxe.

Il ne faut pas oublier non plus que l'arrêt *Kuldip* et l'art. 13 de la *Charte* se rapportent à une sous-catégorie très particulière de déclarations antérieures incompatibles, savoir un témoignage dans une procédure antérieure fait par un accusé qui témoigne dans une autre procédure et qui, s'il était admis pour établir la véracité de son contenu, l'incriminerait dans la seconde procédure. Par surcroît, l'art. 13 s'applique seulement à un témoin qui dépose dans une «procédure»; certes, notre Cour n'a pas encore défini le champ sémantique de ce terme, mais la jurisprudence là-dessus est axée sur des procédures judiciaires telles les procès et les enquêtes préliminaires: voir l'arrêt *Dubois*. Un interrogatoire de la police, même lorsque le témoin fait une déclaration sous serment, peut ne pas constituer une «procédure» pour l'application de l'art. 13. Comme cette question précise n'est pas soulevée en l'espèce, je ne ferai aucune autre remarque à ce sujet.

Dans le présent pourvoi, et comme c'est le plus souvent le cas, le témoin autre que l'accusé ne sera

witness, who is not the accused, by admitting the prior statement for the truth of its contents. In the vast majority of cases where prior inconsistent statements are adduced, then, s. 13 of the *Charter* will not be engaged. In those cases where it is the prior inconsistent statement of the accused which is offered, s. 13 will operate to restrict its use to the purpose of impeaching credibility only.

Finally, in *Smith*, I explicitly refrained from assessing the impact of the principled approach to hearsay exceptions on the orthodox rule, since this supplementary ground of appeal had not been pressed before the Court, and since the conclusion I had reached in respect of hearsay evidence generally made it unnecessary to decide this ground.

B. Hearsay Rationale of the Orthodox Rule

The theoretical basis of the orthodox rule has been much debated. Schiff, in "The Previous Inconsistent Statement of Opponent's Witness" (1986), 36 *U.T.L.J.* 440, at p. 451, states that:

The orthodox doctrine limiting the trier's use of the non-party witness' statement rests on the hearsay rule. While American judges and commentators have taken this as obvious, Canadian and English judges have rarely discussed the reason for the limit.

The author cites as rare examples of Canadian judges explicitly recognizing the hearsay rule as the basis of the orthodox rule the reasons of Riddell J. in *Duckworth*, and Estey J. in *McInroy*. In *Evidence: Principles and Problems* (2nd ed. 1989), at p. 247, R. J. Delisle also recognized the source of the orthodox rule in the law of hearsay.

However, it is clear that commentators addressing the orthodox rule are implicitly relying on the hearsay concept when they discuss the "dangers" of admitting prior inconsistent statements for their truth, such dangers being the same as the tradi-

pas incriminé si la déclaration antérieure est admise pour établir la véracité de son contenu. Dans la vaste majorité des cas dans lesquels des déclarations antérieures incompatibles sont produites, l'art. 13 n'est donc pas en cause. Si c'est une déclaration antérieure incompatible de l'accusé qui est présentée, l'art. 13 a pour effet d'en restreindre l'utilisation: elle ne peut être employée que pour attaquer la crédibilité.

Pour terminer, dans l'arrêt *Smith* je me suis expressément abstenu d'examiner les conséquences, sur la règle orthodoxe, de l'analyse fondée sur des principes des exceptions à l'exclusion du oui-dire, étant donné que l'on n'a pas fait valoir ce moyen d'appel supplémentaire devant la Cour et qu'il était inutile de statuer sur ce moyen, vu la conclusion que j'avais tirée à l'égard de la preuve par oui-dire en général.

B. Le oui-dire comme fondement de la règle orthodoxe

Maints auteurs se sont penchés sur le fondement théorique de la règle orthodoxe. Schiff, dans «The Previous Inconsistent Statement of Opponent's Witness» (1986), 36 *U.T.L.J.* 440, à la p. 451, dit:

[TRADUCTION] La doctrine orthodoxe qui limite l'utilisation que peut faire le juge des faits de la déclaration du témoin qui n'est pas une partie repose sur la règle du oui-dire. Si cela coule de source pour les juges et les commentateurs américains, les juges canadiens et anglais ont rarement analysé la raison d'être de cette limite.

À titre d'exemples rares de décisions judiciaires canadiennes reconnaissant expressément que la règle du oui-dire forme le fondement de la règle orthodoxe, l'auteur cite les motifs du juge Riddell dans l'arrêt *Duckworth*, et ceux du juge Estey dans l'arrêt *McInroy*. Dans son ouvrage intitulé *Evidence: Principles and Problems* (2^e éd. 1989), à la p. 247, R. J. Delisle considère lui aussi que la règle orthodoxe tire son origine de la règle du oui-dire.

Toutefois, les commentateurs qui étudient la règle orthodoxe se fondent implicitement sur la notion du oui-dire quand ils examinent les «dangers» que comporte l'admission de déclarations antérieures incompatibles comme preuve de leur

tional “hearsay dangers”: the absence of an oath or solemn affirmation when the statement was made, the inability of the trier of fact to assess the demeanour and therefore the credibility of the declarant when the statement was made (as well as the trier’s inability to ensure that the witness actually said what is claimed), and the lack of contemporaneous cross-examination by the opponent. For examples of commentators who have explicitly or implicitly justified the orthodox rule on the basis of the hearsay rule, see J. W. Morden (now Morden A.C.J. of the Ontario Court of Appeal), “Evidence—Proof of Own Witness’s Prior Inconsistent Statement Where “Adverse”—Section 24, Evidence Act (Ont.)” (1962), 40 *Can. Bar Rev.* 96, at p. 103; *McCormick on Evidence* (4th ed. 1992), vol. 2, at pp. 117-18, and L. Stuesser, “Admitting Prior Inconsistent Statements For Their Truth” (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 48, at p. 53.

Another indication of the basis of the orthodox rule in the hearsay rule is the treatment it has received from law reform bodies. The Law Reform Commission of Canada’s *Report on Evidence* (1975) addressed the orthodox rule in that part of its Report dealing with hearsay, and the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence, in its Report (1982), classified prior inconsistent statements offered for their truth as hearsay (at p. 315) “out of caution”.

It is important to understand the basis and rationale of the orthodox rule in order to understand how this Court’s recent decisions in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *Smith* have affected the orthodox rule, and to determine what type of principled analysis this Court should apply to the particular problem of prior inconsistent statements.

véracité; ces dangers assimilables à ceux de la preuve par oui-dire sont les suivants: l’absence de serment ou d’affirmation solennelle au moment où la déclaration a été faite; l’impossibilité pour le juge des faits d’évaluer le comportement et, par conséquent, la crédibilité de l’auteur de la déclaration au moment où il l’a faite (ainsi que l’impossibilité pour le juge des faits de s’assurer que le témoin a vraiment dit ce que l’on prétend qu’il a dit), et l’absence de contre-interrogatoire par l’adversaire au moment précis où la déclaration a été faite. Pour des exemples de commentateurs qui ont explicitement ou implicitement tenu la règle du oui-dire pour le fondement de la règle orthodoxe, voir J. W. Morden (maintenant juge en chef adjoint de la Cour d’appel de l’Ontario), «Evidence—Proof of Own Witness’s Prior Inconsistent Statement Where «Adverse»—Section 24, Evidence Act (Ont.)» (1962), 40 *R. du B. can.* 96, à la p. 103; *McCormick on Evidence* (4^e éd. 1992), vol. 2, aux pp. 117 et 118, et L. Stuesser, «Admitting Prior Inconsistent Statements For Their Truth» (1992), 71 *R. du B. can.* 48, à la p. 53.

La façon dont les organismes de réforme du droit ont traité de la règle orthodoxe indique aussi qu’elle a la règle du oui-dire pour fondement. Dans son *Rapport sur la preuve* (1975), la Commission de réforme du droit du Canada étudie la règle orthodoxe dans le chapitre de son rapport qui porte sur le oui-dire, et le Groupe de travail fédéral-provincial sur l’uniformisation des règles de preuve, dans son rapport (1983), classe, «par prudence» (à la p. 350) comme une preuve par oui-dire, la déclaration antérieure incompatible produite pour établir la preuve de ce qu’elle énonce.

Il est important de bien comprendre le fondement et la raison d’être de la règle orthodoxe pour saisir comment les arrêts récents de notre Cour *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *Smith* ont influé sur la règle orthodoxe et pour déterminer le type d’analyse fondée sur des principes que notre Cour devrait faire relativement au problème particulier des déclarations antérieures incompatibles.

C. *Erosion of Orthodox Rule*(1) Criticism of the Rule

The orthodox rule has been almost universally criticized by academic commentators. Their criticisms can be distilled into the assertion that the hearsay dangers on which the orthodox rule is based are ill-founded or non-existent in the case of prior inconsistent statements.

Respecting the oath, commentators discount the significance of the oath in modern society. Stuesser, at pp. 53-54, is representative in arguing that “[t]he unfortunate reality in our modern society is that the power of an oath must be discounted as a means of ensuring reliability for a statement.” One critic less reservedly referred to the oath as “no more than a lingering relic of primordial superstition” and “primitive mumbo-jumbo” (D. F. Dugdale, “Against oath-taking”, [1985] *N.Z.L.J.* 404). Furthermore, commentators argue that the witness is under oath at trial when he or she is asked to adopt or deny the prior statement, thus invoking the power of the oath at the trial as it relates to the truthfulness of the prior statement. However, I note that while the witness faces the legal consequences of violating an oath or solemn affirmation at trial, in most cases there is less incentive to be truthful when the statement is made, leading to a natural preference for the testimony at trial if the alternative is unsworn or unaffirmed testimony.

Critics also claim that the lack of opportunity for the trier of fact to observe the demeanour of the witness at the time the statement was made, and thus to assess credibility based on that demeanour, is overstated in its significance. They argue that the opportunity to observe the witness as he or she denies or professes not to remember making the statement can give the trier insight into the truthfulness of the recantation, and therefore also the truthfulness of the prior statement which is denied. This does not obviate the problem of ensuring that

C. *Érosion de la règle orthodoxe*(1) Critique de la règle

Les commentateurs sont quasi unanimes pour critiquer la règle orthodoxe. On peut distiller leurs critiques en affirmant que les dangers associés au oui-dire sur lesquels repose la règle orthodoxe sont mal fondés ou inexistants dans le cas des déclarations antérieures incompatibles.

Pour ce qui est du serment, les commentateurs font peu de cas de l'importance du serment dans la société moderne. Stuesser, aux pp. 53 et 54, émet un avis typique lorsqu'il dit que [TRADUCTION] «[n]ous devons malheureusement admettre que dans notre société moderne on ne peut faire fond sur le serment pour assurer la fiabilité d'une déclaration». Un autre critique, moins réservé, a qualifié le serment de [TRADUCTION] «rien de plus que le vestige d'une superstition primordiale» et de «baragouin primitif» (D. F. Dugdale, «Against oath-taking», [1985] *N.Z.L.J.* 404). Au surplus, les commentateurs soutiennent que le témoin à qui l'on demande au procès de reconnaître ou de démentir la déclaration antérieure a prêté serment, faisant ainsi valoir la force du serment au procès pour ce qui est d'établir la véracité de la déclaration antérieure. Toutefois, je ferai remarquer que, si le témoin doit supporter, au procès, les conséquences juridiques de la violation du serment ou de l'affirmation solennelle, dans la plupart des cas il est moins motivé à dire la vérité au moment précis où il a fait la déclaration: voilà pourquoi, s'il n'a pas prêté serment ou fait une affirmation solennelle à ce moment-là, on préférera naturellement le témoignage qu'il fait au procès.

Les critiques soutiennent aussi que l'on accorde trop d'importance à l'impossibilité pour le juge des faits d'observer le comportement du témoin au moment où il a fait la déclaration, et donc d'évaluer sa crédibilité telle qu'elle est révélée par ce comportement. Ils affirment que la possibilité d'observer le témoin quand il nie ou déclare ne pas se rappeler avoir fait la déclaration éclaire le juge des faits sur la véracité de la rétractation et, par conséquent, sur la véracité de la déclaration antérieure que le témoin dément. Reste cependant une

the witness's prior statement is fully and accurately reproduced for the trier of fact. Of course, both of these criticisms of the orthodox rule are reinforced when, as in this case, the prior statement is videotaped, allowing the trier of fact to observe the witnesses' demeanour and ensuring that an accurate record of the statement is tendered as evidence.

In a study for the Law Reform Commission of Canada, Halton Regional Police Officers in Burlington videotaped all suspect interviews, where the suspect consented. Interviewing officers, court officers, Crown prosecutors and defence counsel were then surveyed to evaluate the results of this program. In an interim evaluation one year into the two-year experiment (A. Grant, "Videotaping Police Questioning: a Canadian Experiment", [1987] *Crim. L.R.* 375), the author stated (at p. 379) that

it certainly does not appear that people are inhibited by the camera or the general situation from making confessions and inculpatory admissions on videotape to interviewing police officers. The audio-visual process appears to record a much greater range of responses than the written statement.

The author noted that both Crown prosecutors and defence counsel responded favourably to the use of videotapes, if not for the same reasons, that in most cases no contest arose as to the introduction of the tape, and that there was no evidence that costly crews or other assistance were required to create (at p. 383) "a clear and reliable record of the interview."

The final report reached the same conclusions. In *The Audio-Visual Taping of Police Interviews With Suspects and Accused Persons by Halton Regional Police Force: An Evaluation* (1988), J. Miller summarized an evaluation paper prepared

difficulté: s'assurer que la déclaration antérieure du témoin est reproduite intégralement et fidèlement au bénéfice du juge des faits. Bien entendu, ces deux critiques de la règle orthodoxe ont d'autant plus de force quand, comme en l'espèce, la déclaration antérieure est enregistrée sur bande vidéo, ce qui permet au juge des faits d'observer le comportement du témoin et garantit la production devant la cour d'un enregistrement fidèle de la déclaration.

Aux fins d'une étude effectuée pour le compte de la Commission de réforme du droit du Canada, des agents de la police régionale de Halton à Burlington ont enregistré sur bande vidéo les interrogatoires de tous les suspects qui y avaient consenti. Les policiers qui les ont interrogés, les fonctionnaires du greffe, les substituts du procureur général et les avocats de la défense ont ensuite répondu à un sondage destiné à évaluer les résultats de ce programme. Dans une évaluation provisoire faite un an après le début de l'expérience, l'auteur (A. Grant, «Videotaping Police Questioning: a Canadian Experiment», [1987] *Crim. L.R.* 375), affirme (à la p. 379):

[TRADUCTION] ... il ne semble certainement pas que la caméra ou l'enregistrement sur bande vidéo en général empêche les personnes de faire des confessions ou des déclarations incriminantes aux policiers qui les interrogent. La technique audiovisuelle semble générer un nombre beaucoup plus grand de réponses que la prise par écrit.

L'auteur fait remarquer que les substituts du procureur général et les avocats de la défense ont répondu favorablement à l'utilisation des bandes vidéo, encore que ce ne soit pas pour les mêmes raisons, que dans la plupart des cas, la bande a pu être versée en preuve sans opposition et que rien n'indiquait que des frais importants en personnel ou en soutien technique doivent être engagés pour produire [TRADUCTION] «un enregistrement net et fiable de l'interrogatoire» (à la p. 383).

Les mêmes conclusions sont tirées dans le rapport définitif. Dans un document intitulé *L'enregistrement magnétoscopique des interrogatoires des suspects et des accusés par la police régionale de Halton: sommaire d'une évaluation* (1988), J.

by Grant. She noted (at p. 3) that the case of *Paramore v. State*, 229 So.2d 855 (1969), in which the Florida Supreme Court upheld the admissibility of a taped confession, was

a milestone not only for law enforcement practices, but for the administration of justice as a whole. For the first time in the history of the criminal justice system the mysterious veil was lifted and it was now possible to present before the court the entire contents of a police interrogation in a comprehensive and accurate manner.

The conclusion remained that people were not inhibited by the camera, and that (at p. 13): "The courts's ability to asses the credibility and voluntariness of a statement was seen by the defence bar as being greatly enhanced by the more complete picture provided by videotape." Furthermore, defence counsel preferred videotaped statements to police officer's notes and memories to create an accurate record of statements. Any prejudice to the accused from being seen as he or she appeared at the time of the interview was seen by defence counsel to be outweighed by the accuracy and reliability of the record provided by the videotape. Indeed, Miller observed (at p. 17) that "it is common ground among police, Crown and defence counsel that the videotape is an accurate record of the interview as it occurred in the videotaping room." Miller concluded (at p. 23):

Aside from providing a new tool to the investigative process, the Police, Crown counsel and defence lawyers viewed the introduction of this technology as an improvement of the administration of justice. An accurate videotape record of police interviews largely eliminates courtroom conflicts over what was said and how an accused was treated. The new technology therefore, helps police in gathering evidence at the same time as it adds to the protection of the rights of the accused.

Miller résume une évaluation faite par Grant. Elle y fait observer (à la p. 3) que la décision *Paramore c. State*, 229 So.2d 855 (1969), dans laquelle la Cour suprême de la Floride a confirmé la recevabilité d'une confession enregistrée sur bande vidéo

a fait époque non seulement en ce qui a trait aux méthodes d'application de la loi mais également en ce qui a trait au processus d'administration de la justice dans son ensemble. Pour la première fois dans l'histoire de la justice pénale, le voile mystérieux entourant cette question était levé et il était désormais possible de présenter aux tribunaux les interrogatoires policiers et ce, d'une manière exhaustive et fidèle.

On en est encore arrivé à la conclusion que la caméra ne gênait pas les gens et que «[I]es avocats de la défense ont jugé que le tableau plus complet de la situation que permettait de brosser la bande magnétoscopique avait pour effet de renforcer l'aptitude de la cour à évaluer la crédibilité du déclarant et le caractère volontaire de la déclaration» (à la p. 13). Par surcroît, les avocats de la défense avaient plus confiance dans les enregistrements sur bande vidéo que dans les notes et la mémoire des policiers pour reproduire fidèlement les déclarations. Tout préjudice auquel s'exposait le prévenu en se montrant tel qu'il était lors de l'interrogatoire était contrebalancé, aux yeux des avocats de la défense, par l'exactitude et la fiabilité de l'enregistrement sur bande vidéo. En effet, Miller fait remarquer (aux pp. 18 et 19) «qu'il est établi, au sein des forces policières, de la Couronne et des avocats de la défense, que les bandes magnétoscopiques constituent un enregistrement fidèle de l'interrogatoire qui s'est déroulé dans la salle d'enregistrement». Miller conclut (à la p. 23):

Indépendamment du fait d'ajouter un outil au processus d'enquête, la police, les avocats de la Couronne ainsi que les avocats de la défense ont vu dans l'implantation de cette nouvelle technique un moyen d'améliorer l'administration de la justice. Le fait de disposer d'enregistrements magnétoscopiques fidèles des interrogatoires policiers permet, dans une large mesure, d'éliminer les débats en salle d'audience sur les propos qu'a formulés un accusé et sur la façon dont celui-ci a été traité. En conséquence, cette nouvelle technique, tout en permettant à la police de recueillir de la preuve, protège davantage les droits de l'accusé.

The “milestone” represented by widely available videotape technology and its introduction in the trial process, then, has gone a long way towards meeting this second hearsay danger. I also believe that demeanor evidence from sources other than a videotape might, in exceptional circumstances, also serve the same purpose to answer this criticism of the orthodox rule.

The lack of cross-examination is the most important of the hearsay dangers, but perhaps also the most overstated in the context of prior inconsistent statements. By definition, commentators argue, the maker of the statement is present in court and amenable to vigorous cross-examination respecting his or her recollection, testimonial capacity and bias at the time of the making of the prior statement. As it is argued in *McCormick on Evidence*, *supra*, at p. 120:

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.

Wigmore, vol. 3A (Chadbourn rev. 1970), §1018, at p. 996, stated that the only ground for excluding prior inconsistent statements as substantive evidence was the hearsay rule, and continued:

But the theory of the hearsay rule is that an extrajudicial statement is rejected because it was made out of court by an absent person not subject to cross-examination. . . . Here, however, by hypothesis the witness is present and subject to cross-examination. There is ample opportunity to test him as to the basis of his former statement. The whole purpose of the hearsay rule has been already satisfied.

Similarly, Morden, *supra*, wrote of prior inconsistent statements, at p. 103, that:

La technique très répandue de l’enregistrement sur bande vidéo qui «a fait époque», de même que son utilisation au procès, ont donc obvié en grande partie au deuxième danger du ouï-dire. Je crois en outre que la preuve du comportement provenant d’autres sources que la bande vidéo pourrait, dans des cas exceptionnels, jouer le même rôle pour répondre à la critique de la règle orthodoxe.

L’absence de contre-interrogatoire est le plus important des dangers du ouï-dire, mais peut-être aussi celui qui est le plus exagéré dans le contexte des déclarations antérieures incompatibles. Par définition, disent les commentateurs, l’auteur de la déclaration est présent dans la salle d’audience et peut être soumis à un vigoureux contre-interrogatoire sur ses souvenirs, sa capacité de témoigner et son parti pris au moment précis de la déclaration. Comme on le soutient dans *McCormick on Evidence*, *op. cit.*, à la p. 120:

[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.

Wigmore, dans le vol. 3A (Chadbourn rev. 1970), §1018, à la p. 996, dit que le seul motif pour lequel les déclarations antérieures incompatibles doivent être exclues comme preuve de fond est la règle du ouï-dire, puis il ajoute:

[TRADUCTION] Mais cette règle prescrit l’irrecevabilité d’une déclaration extrajudiciaire au motif qu’elle n’a pas été faite devant la cour et qu’elle rapporte les propos d’une personne absente, qui ne peut donc pas être contre-interrogée [. . .] Cependant, dans notre exemple, le témoin est par hypothèse présent et peut être contre-interrogé. Il est donc tout à fait possible de le questionner sur le fondement de sa déclaration antérieure. Le but de la règle du ouï-dire est donc déjà atteint.

De la même façon, Morden, *loc. cit.*, écrit, au sujet des déclarations antérieures incompatibles, à la p. 103:

Being hearsay such a statement is technically inadmissible yet, in view of the opportunity of opposing counsel to cross-examine the witness on the statement, the main reason for the hearsay rule disappears and consequently the possibility of injustice is negated.

Furthermore, commentators observe, the witness's recantation has accomplished all that the opponent's cross-examination could hope to: the witness now testifies under oath that the prior statement was a lie, or claims to have no recollection of the matters in the statement, thus undermining its credibility as much as cross-examination could have. As Stuesser pointed out (at p. 60), in fact "the mantle of a 'hostile' cross-examiner in the case of a recanting witness is taken up by the caller of the witness".

Proponents of the orthodox rule concentrate on the importance of contemporaneous cross-examination; an oft-quoted statement is that of Stone J. in the Minnesota Supreme Court in *State v. Saporen*, 285 N.W. 898 (1939), at p. 901:

The chief merit of cross examination is not that at some future time it gives the party opponent the right to dissect adverse testimony. Its principal virtue is in its immediate application of the testing process. Its strokes fall while the iron is hot. False testimony is apt to harden and become unyielding to the blows of truth in proportion as the witness has opportunity for reconsideration and influence by the suggestions of others, whose interest may be, and often is, to maintain falsehood rather than truth.

Equally oft-quoted, however, is E. M. Morgan's reply, in "Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept" (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177, at p. 193:

Why does falsehood harden any more quickly or unyieldingly than truth? What has become of the idea that truth is eternal and, though crushed to earth, will rise again? Isn't the opportunity for reconsideration and for baneful influence by others even more likely to color the later testimony than the prior statement?

[TRADUCTION] Constituant du oui-dire, cette déclaration est, en principe, irrecevable, et pourtant, étant donné que l'avocat de la partie adverse a la possibilité de contre-interroger le témoin sur sa déclaration, le principal fondement de la règle du oui-dire disparaît et, par conséquent, la possibilité d'injustice est réduite à néant.

Au surplus, font observer les commentateurs, la rétractation du témoin a accompli tout ce que le contre-interrogatoire de l'adversaire visait: le témoin dit maintenant sous serment que la déclaration antérieure était fausse ou prétend ne pas se souvenir des faits qui y sont énoncés, minant ainsi sa crédibilité dans la mesure même où le contre-interrogatoire aurait pu le faire. Comme le souligne Stuesser (à la p. 60), en fait, [TRADUCTION] «lorsqu'un témoin se rétracte, c'est celui qui l'a cité qui joue le rôle du contre-interrogateur «hostile»».

Les tenants de la règle orthodoxe mettent l'accent sur l'importance de la contemporanéité du contre-interrogatoire; les propos qui suivent du juge Stone dans la décision *State c. Saporen*, 285 N.W. 898 (1939), à la p. 901, sont souvent cités:

[TRADUCTION] Le principal avantage du contre-interrogatoire ne réside pas dans le droit qu'il donne à l'opposant de disséquer, dans l'avenir, le témoignage de témoins opposés. Il consiste dans l'application immédiate du processus de mise à l'épreuve, dans le fait de battre le fer pendant qu'il est chaud. Le faux témoignage a tendance à s'affermir et à résister aux coups de la vérité au fur et à mesure que le témoin a la possibilité de faire un nouvel examen et de se laisser influencer par les suggestions d'autres personnes qui ont peut-être, voire qui ont souvent, intérêt à ce que le mensonge triomphe de la vérité.

La réplique de E. M. Morgan dans «Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept» (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177, à la p. 193, est elle aussi souvent citée:

[TRADUCTION] Pourquoi le mensonge s'affermir-il plus vite et devient-il plus résistant que la vérité? Qu'est-il advenu de l'idée que la vérité est éternelle et que, après avoir été anéantie, elle renaît de ses cendres? La possibilité du nouvel examen et de l'influence néfaste des autres n'est-elle pas encore plus susceptible de fausser le dernier témoignage que la déclaration antérieure?

Critics assert that there is a greater opportunity for coercion, intimidation and fabrication in the time between the taking of the statement and the trial than when the statement was made closer to the time of the events described. Proponents of the orthodox rule point to the time between the events described and when the statement was made as presenting opportunities for identical coercion and intimidation, and assert that later coercion may be directed towards convincing the witness to tell the truth at trial. It is clear that statements are neither more nor less likely to be true based solely on a consideration of when they were made.

Furthermore, to argue about which statement is more likely to be true based on the opportunity for improper influence misconceives the nature of the problem before the court. The question is not whether it would be better to have had contemporaneous cross-examination at the time the statement was made; of course it would have, and this is a factor which must affect any consideration of the weight to be afforded the evidence by the trier of fact. Instead, the real issue to be considered is whether the absence of contemporaneous cross-examination is a sufficient reason to exclude the statement from the jury as substantive evidence. In *California v. Green*, 399 U.S. 149 (1970), at pp. 160-61, White J. of the United States Supreme Court wrote:

It may be true that a jury would be in a better position to evaluate the truth of the prior statement if it could somehow be whisked magically back in time to witness a grueling cross-examination of the declarant as he first gives his statement. But the question as we see it must be not whether one can somehow imagine the jury in "a better position", but whether subsequent cross-examination at the defendant's trial will still afford the trier of fact a satisfactory basis for evaluating the truth of the prior statement.

Perhaps because it has been the most emphasized of the hearsay dangers, it is clear that the lack of contemporaneous cross-examination has also been

Des critiques affirment que la possibilité de contrainte, d'intimidation et d'invention est plus grande dans l'intervalle entre la prise de la déclaration et le procès que dans la période plus courte entre les faits relatés et la déclaration. Les défenseurs de la règle orthodoxe font valoir que, durant l'intervalle entre les faits relatés et la déclaration, il y a tout autant d'occasions de contrainte et d'intimidation, et que la contrainte exercée plus tard peut viser à convaincre le témoin de dire la vérité au procès. De toute évidence, les déclarations ne sont ni plus ni moins susceptibles d'être exactes si l'on se fonde seulement sur le moment où elles ont été faites.

De plus, se demander laquelle des déclarations est plus susceptible d'être vraie en se fondant sur la possibilité d'une influence illicite participe d'une mauvaise conception de la nature du problème soumis au tribunal. Il ne s'agit pas de décider si la contemporanéité de la déclaration et du contre-interrogatoire aurait été préférable; c'est une évidence. Le juge des faits doit tenir compte précisément de ce facteur en appréciant le poids qu'il convient d'accorder à cette preuve. La vraie question est plutôt de savoir si l'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire est un motif suffisant pour dire au jury de ne pas tenir compte de la déclaration comme preuve de fond. Dans l'arrêt *California c. Green*, 399 U.S. 149 (1970), aux pp. 160 et 161, le juge White de la Cour suprême des États-Unis écrit:

[TRADUCTION] Il est peut-être vrai que le jury serait mieux placé pour évaluer la véracité de la déclaration antérieure s'il pouvait de quelque manière se transporter par magie dans le passé pour assister au contre-interrogatoire exténuant de l'auteur au moment où il fait la déclaration. Mais ce qu'il faut décider, à mon sens, ce n'est pas s'il est possible de s'imaginer le jury «mieux placé», mais plutôt si le contre-interrogatoire fait par la suite au procès donnera encore au juge des faits la possibilité suffisante d'apprécier la véracité de la déclaration antérieure.

C'est peut-être du fait qu'elle représente le danger du oui-dire qui a été mis en relief avec le plus d'insistance, mais l'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire est manifestement, parmi les motifs invoqués pour ne pas admettre les déclara-

the most criticized reason for excluding prior inconsistent statements as substantive evidence.

(2) Judicial and Legislative Reform of the Rule

The orthodox rule has attracted the attention of law reformers on the bench, in the legislatures, and at law reform commissions. All bodies which have turned their minds to the orthodox rule have recommended a departure from the strict prohibition on substantive admissibility in favour of qualified admissibility.

The Law Reform Commission of Canada, in its 1975 *Report on Evidence*, proposed that the hearsay rule should not exclude prior inconsistent statements by a witness, on the grounds that the witness could be cross-examined on the prior statement, that circumstances may serve to make the prior statement more reliable (since his memory may have been fresher and it may have been made before anyone had the opportunity to improperly influence the witness), the witness will have the opportunity of denying the prior statement or explaining the inconsistencies, and that the distinction between permissible and impermissible use of the evidence was a difficult one. Thus, Draft Section 28 proposed by the Commission provided: "A statement previously made by a witness is not excluded by section 27 [which makes hearsay evidence inadmissible] if the statement would be admissible if made by him while testifying as a witness."

The Ontario Law Reform Commission, in its *Report on the Law of Evidence* (1976), took a different approach, maintaining the orthodox rule where a prior inconsistent statement was made by the calling party's witness, but allowing evidence of the prior inconsistent statements of the opposing party's witness to be admitted for their truth once proof is given that the witness in fact made the statement.

tions antérieures incompatibles comme preuve de fond, celui qui a suscité les plus vives critiques.

(2) Réforme judiciaire et législative de la règle

La règle orthodoxe a été étudiée par les réformateurs du droit à tous les niveaux: magistrature, assemblées législatives et commissions de réforme du droit. Tous les organismes qui ont analysé la règle orthodoxe ont recommandé que l'on abandonne l'interdiction stricte de l'admission quant au fond pour adopter l'admissibilité conditionnelle.

Dans son *Rapport sur la preuve* de 1975, la Commission de réforme du droit du Canada a proposé que la déclaration antérieure incompatible d'un témoin ne soit pas exclue par la règle du oui-dire, parce que le témoin peut être contre-interrogé au sujet de cette déclaration, parce que les circonstances de la déclaration peuvent la rendre plus digne de foi (du fait que le témoin avait les événements plus frais à la mémoire et qu'il n'avait pas encore subi l'influence de qui que ce soit), parce que le témoin aura l'occasion de nier la déclaration antérieure ou d'en expliquer les contradictions et parce qu'il est difficile d'expliquer la différence entre les utilisations acceptables et inacceptables des déclarations antérieures. C'est pourquoi la Commission, dans son projet d'article 28, propose le texte suivant: «Les dispositions de l'article 27 [aux termes duquel le oui-dire ne peut être admis] n'ont pas pour effet d'exclure la déclaration faite antérieurement à son témoignage par un témoin, lorsque cette déclaration eût été admissible si son auteur l'avait faite dans le cours de son témoignage.»

Dans son *Report on the Law of Evidence* (1976), la Commission de réforme du droit de l'Ontario opte pour une autre solution. Elle préconise le maintien de la règle orthodoxe quand c'est le témoin qu'a cité la partie qui a fait une déclaration antérieure incompatible, mais admet la déclaration antérieure incompatible du témoin de la partie adverse comme preuve de sa véracité, une fois qu'il a été prouvé qu'il a vraiment fait la déclaration.

The Federal/Provincial Task Force recommended that prior inconsistent statements be substantively admissible if they were made under oath and subject to cross-examination at the time they were made.

Most jurisdictions in the United States have abandoned the orthodox rule through both judicial and legislative action. Federal Rules of Evidence Rule 801(d)(1)(A) provides:

Rule 801. . . .

(d) Statements which are not hearsay.—A statement is not hearsay if—

(1) Prior statement by witness.—The declarant testifies at the trial or hearing and is subject to cross-examination concerning the statement, and the statement is (A) inconsistent with the declarant's testimony, and was given under oath subject to the penalty of perjury at a trial, hearing, or other proceeding, or in a deposition. . . .

This expanded rule of admissibility is now in force in 21 states. Four states and the District of Columbia adhere to the orthodox rule, 8 states follow modified rules different from the Federal Rule, and 17 states allow prior inconsistent statements to be admitted for their truth with no restrictions. Some states require additional indicia of reliability, including: personal knowledge of the facts contained in the statement, a demonstration of the reliability of the evidence, a requirement that the statement have been made voluntarily and not as the result of coercion or merely in response to allegations by the investigator, or contemporaneous recording, transcription or videotaping of the statement. It can readily be seen that one of these additional requirements (personal knowledge) would be required in any event for non-hearsay evidence from a witness to be admissible, mirroring the requirement in the Law Reform Commission of Canada's Report that to be substantively admissible, the prior statement must be one which would

Le groupe de travail fédéral-provincial a recommandé que les déclarations antérieures incompatibles soient admissibles comme preuve de fond si elles ont été faites sous serment et si elles étaient assujetties à un contre-interrogatoire au moment où elles ont été faites.

Aux États-Unis, la règle orthodoxe a été abrogée dans la plupart des ressorts tant par les décisions judiciaires que par l'action législative. La règle 801d(1)(A) des Federal Rules of Evidence dispose:

[TRADUCTION]

Règle 801. . . .

d) Déclarations ne constituant pas du oui-dire.—Une déclaration n'est pas du oui-dire si les conditions qui suivent sont réunies—

(1) Déclaration antérieure d'un témoin.—L'auteur de la déclaration témoigne au procès ou à l'audience, est contre-interrogé au sujet de sa déclaration et celle-ci est (A) incompatible avec son témoignage, et a été faite sous serment, l'exposant à une accusation de parjure au cours d'un procès, d'une audience ou d'une autre procédure, ou au cours d'une déposition. . .

Cette règle d'admissibilité plus libérale est maintenant en vigueur dans 21 États. Quatre États et le District de Columbia adhèrent à la règle orthodoxe, huit suivent des règles modifiées, différentes de la règle fédérale, et 17 autorisent l'admission des déclarations antérieures incompatibles comme preuve de leur contenu, sans restriction. Certains États exigent des indices supplémentaires de fiabilité, dont: la connaissance directe des faits énoncés dans la déclaration, la preuve de la fiabilité du témoignage, le caractère volontaire de la déclaration, savoir qu'elle n'ait pas été faite sous la contrainte ni simplement en réponse à des allégations de l'enquêteur, l'enregistrement ou la transcription simultanés de la déclaration ou son enregistrement sur bande vidéo. On peut voir facilement qu'une de ces exigences additionnelles (la connaissance directe) serait de toute façon nécessaire pour déterminer la recevabilité d'un témoignage qui n'est pas du oui-dire, reproduisant ainsi l'exigence énoncée par la Commission de

have been admissible if made by the declarant while testifying as a witness.

In England and Scotland, the orthodox rule applies to criminal proceedings, although, as in Canada and the United States, there has been widespread criticism of the rule in that context. The English *Civil Evidence Act 1968* (U.K.), 1968, c. 64, renders the prior inconsistent statement of a witness admissible for its truth in civil proceedings:

3.—(1) Where in any civil proceedings—

(a) a previous inconsistent or contradictory statement made by a person called as a witness in those proceedings is proved by virtue of section 3, 4 or 5 of the Criminal Procedure Act 1865

that statement shall by virtue of this subsection be admissible as evidence of any fact stated therein of which direct oral evidence by him would be admissible.

Thus, it can be seen that the majority of law reformers, legislators and the judiciary have heeded the almost unanimous call to reform the orthodox rule. In all reformed rules, the hearsay dangers are addressed in one combination or another, supporting the characterization of the orthodox rule as an incarnation of the hearsay rule, and presenting this Court with a variety of alternatives from which to choose. The variety of approaches chosen after careful consideration of the issue by these various bodies also indicates that we must carefully balance the interests of the accused in a criminal trial with the interests of society in seeing justice done when deciding what guarantees of reliability will suffice to render prior inconsistent statements admissible for the truth of their contents. Any reformed rule must address the hearsay dangers, yet not be so restrictive towards

réforme du droit du Canada, dans son rapport, selon laquelle ne serait admissible quant au fond que la déclaration antérieure qui eût été admissible si son auteur l'avait faite dans le cours de son témoignage.

En Angleterre et en Écosse, la règle orthodoxe s'applique aux instances pénales, bien que, comme au Canada et aux États-Unis, elle ait fait l'objet de critiques sous tous azimuts dans ce contexte. La *Civil Evidence Act 1968* (R.-U.), 1968, ch. 64, de l'Angleterre rend admissible dans les instances civiles la déclaration antérieure incompatible d'un témoin pour ce qui est d'établir la véracité de ce qu'elle énonce:

[TRADUCTION]

3.—(1) Si, au cours d'une instance civile—

a) il est établi, conformément aux articles 3, 4 ou 5 de la Criminal Procedure Act 1865, qu'une personne citée comme témoin dans cette instance a fait une déclaration antérieure incompatible ou contradictoire,

cette déclaration est, en application du présent alinéa, admissible comme preuve de tout fait qui y est énoncé et dont la preuve orale directe par ce témoin serait admissible.

On peut donc voir que la majorité des réformateurs du droit, des législateurs et des juges ont tenu compte de l'exhortation quasi unanime à la réforme de la règle orthodoxe. Toutes les règles modifiées parent à une partie ou l'autre des dangers du oui-dire, nous autorisant à qualifier la règle orthodoxe d'incarnation de la règle du oui-dire et offrant à notre Cour diverses solutions possibles. La diversité des solutions retenues par ces différents organismes, après mûre réflexion, indique aussi qu'il nous incombe de bien peser les intérêts respectifs de l'accusé dans le procès criminel et de la société dans l'administration de la justice, lorsque nous décidons quelles garanties de fiabilité suffiront pour rendre admissibles les déclarations antérieures incompatibles comme preuve de la véracité de leur contenu. Nous devons adopter une nouvelle règle qui obvie aux dangers du oui-dire,

that end so as to be of limited utility in the majority of cases.

(3) Developments in the Law of Hearsay

Finally, it is clear that the orthodox rule, in so far as it is based on the hearsay rule, has been undermined by the decisions of this Court in *Khan* and *Smith*. In *Smith*, I stated that the decision in *Khan* “should be understood as the triumph of a principled analysis over a set of ossified judicially created categories” (p. 930), and that that decision (at p. 933)

signalled an end to the old categorical approach to the admission of hearsay evidence. Hearsay evidence is now admissible on a principled basis, the governing principles being the reliability of the evidence, and its necessity.

I will return to *Smith* and the principled approach to the hearsay rule as it applies in the particular case of prior inconsistent statements, but it is important to note that any erosion of the categorical approach to the hearsay rule must influence the Court’s consideration of the orthodox rule as one instance of that rule.

D. *Stare Decisis*

Before considering a new rule pertaining to the admissibility of prior inconsistent statements for the truth of their contents, it is necessary to address the arguments of the respondent, strenuously advanced before this Court, that (i) this Court should not overrule *Deacon*, and (ii) that any change to the orthodox rule is for Parliament to make and not this Court. The arguments are related, and to some extent undermine one another, since the first identifies the source of the orthodox rule as it applies in Canada in the common law of evidence as developed by this Court, even while the second denies that the common law is the appropriate vehicle to change the orthodox rule. I will deal with the second argument first, since the issue of overruling *Deacon* does not arise if this

mais sans y apporter des restrictions si sévères qu’elle ne soit que de peu d’utilité dans la majorité des cas.

(3) Faits nouveaux relatifs à la règle du oui-dire

Enfin, il est clair que la règle orthodoxe, dans la mesure où elle repose sur la règle du oui-dire, a été battue en brèche par notre Cour dans les arrêts *Khan* et *Smith*. Dans l’arrêt *Smith*, je déclare que l’arrêt *Khan* «doit [. . .] être perçu comme le triomphe d’une analyse fondée sur des principes sur un ensemble de catégories sclérosées conçues par les tribunaux» (à la p. 930) et que cet arrêt (à la p. 933):

a [. . .] annoncé la fin de l’ancienne conception, fondée sur des catégories d’exceptions, de l’admission de la preuve par oui-dire. L’admission de la preuve par oui-dire est désormais fondée sur des principes, dont les principaux sont la fiabilité de la preuve et sa nécessité.

Je vais revenir à l’arrêt *Smith* et à l’analyse fondée sur des principes de la règle du oui-dire telle qu’elle s’applique en particulier aux déclarations antérieures incompatibles, mais il importe de noter que notre Cour, quand elle examine la règle orthodoxe à titre de cas d’application de la règle du oui-dire, doit tenir compte de toute érosion de la conception fondée sur des catégories d’exceptions de l’admission de la preuve par oui-dire.

D. *La doctrine du stare decisis*

Avant d’étudier une nouvelle règle visant l’admissibilité des déclarations antérieures incompatibles comme preuve de leur contenu, il est nécessaire d’analyser les arguments de l’intimé, qui ont été avancés avec vigueur devant notre Cour, selon lesquels, premièrement, notre Cour doit suivre l’arrêt *Deacon* et, deuxièmement, il appartient au Parlement et non à notre Cour de modifier la règle orthodoxe. Les arguments sont liés et, jusqu’à un certain point, se détruisent réciproquement, car selon le premier, la source de la règle orthodoxe telle qu’elle est appliquée au Canada se trouve dans les règles de preuve de common law énoncées par notre Cour, tandis que le second argument nie que la common law soit le bon moyen pour modifier la règle orthodoxe. Je vais étudier d’abord le

Court decides to wait for Parliament to reform the orthodox rule.

The rules of evidence are primarily judge-made, and the Law Reform Commission of Canada called the hearsay rule “the most characteristic . . . rule of our system of evidence” (p. 69). In *Smith*, I affirmed the statement of Lord Donovan, dissenting in *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001 (H.L.), at p. 1047, that “[t]he common law is moulded by the judges and it is still their province to adapt it from time to time so as to make it serve the interests of those it binds” (p. 931). Significantly, *Myers* was a decision in which a majority of the House of Lords refused to create a new hearsay exception relating to business records, leading to a legislative response overcoming the decision.

This duty of the courts to review common law rules has a pragmatic basis: courts are best situated to assess the operation and possible deficiencies of common law rules in practical situations. Finally, if any other authority for the jurisdiction and, in some cases, the responsibility of the courts to reform the common law were needed, the late Chief Justice Laskin wrote, in “The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada” (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 469, at pp. 478-79:

When everything considered relevant has been weighed and an overruling decision commends itself to a judge, he ought not at that stage to stay his opinion and call upon the legislature to implement it. This is particularly true in respect of those areas of the law which are judge-made, and to a degree true in respect of those areas where legislation is involved which is susceptible of a number of meanings. A final court must accept a superintending responsibility for what it or its predecessors have wrought, especially when it knows how little time legislatures today have (and also, perhaps, little inclination) to intrude into fields of law fashioned by the courts alone, although legislatures may, of course, under

second argument puisqu’il ne peut être question de réformer l’arrêt *Deacon* si notre Cour décide de laisser au législateur l’initiative de modifier la règle orthodoxe.

Ce sont avant tout les juges qui ont établi les règles de preuve et, au sujet de la règle du oui-dire, la Commission de réforme du droit du Canada dit qu’elle est «la plus caractéristique de notre système de preuve» (à la p. 78). Dans l’arrêt *Smith*, j’ai approuvé l’opinion de lord Donovan, dissident dans l’arrêt *Myers c. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001 (H.L.), à la p. 1047, selon qui [TRADUCTION] «ce sont les juges qui façonnent la common law et il est toujours de leur compétence de l’adapter à l’occasion de manière à ce qu’elle serve les intérêts de ceux qu’elle lie» (à la p. 931). Fait important, dans l’arrêt *Myers*, la Chambre des lords, à la majorité, a refusé de créer une nouvelle exception à l’exclusion du oui-dire pour les dossiers d’entreprise, ce qui a amené le législateur à intervenir.

Pour ce qui est de réexaminer les règles de common law, la tâche des tribunaux vise un but pratique: les tribunaux sont les mieux placés pour évaluer l’effet et les lacunes possibles des règles de common law dans la pratique. En dernier lieu, s’il faut citer une autre autorité pour affirmer que les tribunaux sont compétents pour réformer la common law et qu’ils en ont, parfois, la responsabilité, citons les propos du regretté juge en chef Laskin dans «The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada» (1975), 53 *R. du B. can.* 469, aux pp. 478 et 479:

[TRADUCTION] Quand il a pesé tout ce qui est pertinent et qu’il estime devoir réformer une décision, le juge ne doit pas alors surseoir à sa conclusion et s’en remettre au législateur de sa mise à exécution. Ce principe est particulièrement valable en ce qui a trait aux règles de droit établies par les juges et, jusqu’à un certain point, aux règles de droit énoncées dans des lois susceptibles de plusieurs interprétations. Un tribunal de dernier ressort doit assumer un rôle de surveillance à l’égard de ce que lui-même ou ses prédécesseurs ont façonné, surtout sachant le peu de temps qu’a le législateur de nos jours (et peut-être, aussi, son peu d’envie) de s’immiscer dans des domaines du droit que les tribu-

the prodding of law reform agencies and of other public influences, from time to time do so.

While this Court has limited changes to the common law to those which are “slow and incremental” rather than “major and far-reaching” (McLachlin J. in *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at p. 760), and only “those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society” (Iacobucci J. in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670), it is important to assess the change in the correct frame of reference.

In the context of any particular impugned rule standing on its own, no change could ever satisfy the above criteria. Viewed this way, changing the orthodox rule will mean eliminating the orthodox rule because of its absolute prohibition on the substantive use of prior inconsistent statements. The respondent correctly submits that this change is not slow and incremental.

However, if the change to the orthodox rule is viewed within the larger context of the trend within evidence law towards greater admissibility and a correspondingly increased emphasis on the weight to be accorded admissible evidence, the change is clearly incremental as it renders one particular type of evidence admissible for a certain purpose subject to certain conditions. Even if the frame of reference is narrowed to the adoption, by this Court, of a principled approach to hearsay evidence in *Khan* and *Smith*, the change to a reformed rule is but an application of that principled approach to a particular type of otherwise excluded hearsay evidence, which is appropriate and “necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society” for all the same reasons that the adoption of the

noux seuls ont définis, quoique le législateur puisse le faire, bien sûr, à l’occasion, s’il y est poussé par les organismes de réforme du droit et d’autres corps constitués.

Certes, notre Cour a précisé que les modifications pouvant être apportées à la common law doivent se faire «lentement et progressivement» et non «sensiblement et profondément» (le juge McLachlin, *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, à la p. 760), et que seuls sont possibles les «changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l’évolution et le dynamisme de la société» (le juge Iacobucci, *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 670), mais il importe d’apprécier les changements en fonction du bon système de référence.

Dans le contexte de toute règle particulière contestée, prise en soi, aucun changement ne pourrait jamais être accompli selon les critères précités. Dans cette optique, changer la règle orthodoxe signifierait supprimer la règle orthodoxe car elle interdit absolument l’utilisation des déclarations antérieures incompatibles comme preuve de fond. L’intimé soutient à bon droit qu’il ne s’agit pas d’un changement lent et progressif.

Toutefois, si la modification de la règle orthodoxe est examinée dans le contexte plus large de la tendance en droit de la preuve à libéraliser l’admissibilité et, simultanément, à mettre l’accent davantage sur le poids à accorder à la preuve admissible, il s’agit nettement d’un changement progressif car il rend une forme particulière de preuve admissible dans un but déterminé, sous réserve de certaines conditions. Même si, dans les arrêts *Khan* et *Smith*, le système de référence est restreint à l’adoption par notre Cour d’une analyse fondée sur des principes de l’admission de la preuve par oui-dire, l’adoption de la règle réformée n’est que l’application de cette analyse fondée sur des principes à un type particulier de preuve par oui-dire qui, sans elle, serait exclue; c’est une solution qui est appropriée et «nécessaire pour que la common law suive l’évolution et le dynamisme de la société» pour les motifs mêmes qui ont rendu nécessaire l’adoption de l’analyse fondée sur des principes dans les

principled approach was necessary in *Khan* and *Smith*. As I wrote in *Smith* (at p. 932):

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 movement towards an approach governed by the principles which underlie the rule and its exceptions alike. The movement towards a flexible approach was motivated by the realization that, as a general rule, reliable evidence ought not to be excluded simply because it cannot be tested by cross-examination.

Notably, in *Salituro*, at p. 666, Iacobucci J. cited the decision of McLachlin J. in *Khan* as an example of this Court's "willingness to adapt and develop common law rules to reflect changing circumstances in society at large".

Therefore, I do not believe that considering a change to a reformed prior inconsistent statements rule is a matter better left to Parliament; the rule itself is judge-made and lends itself to judicial reform, and it is a natural and incremental progression in the development of the law of hearsay in Canada by this Court.

Having decided that it is the province and duty of this Court to review the orthodox rule, the question then becomes whether this Court's decision in *Deacon* stands in the way of implementing the rule we think best. I do not think that it does.

In *Salituro*, at p. 665, Iacobucci J. stated that "[t]his Court is now willing, where there are compelling reasons for doing so, to overturn its own previous decisions." However, there are guidelines which direct our exercise of this jurisdiction to overrule previous decisions. In *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1353, I adopted the considerations listed by Dickson C.J. (in dissent)

arrêts *Khan* et *Smith*. Comme je l'écris dans l'arrêt *Smith* (à la p. 932):

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'exceptions définies, et qu'il représente une évolution vers une conception régie par les principes qui sous-tendent la règle ainsi que ses exceptions. L'évolution vers une conception souple est motivée par le fait qu'on s'est rendu compte qu'en règle générale la preuve qui est fiable ne devrait pas être exclue simplement parce qu'elle ne peut être vérifiée au moyen d'un contre-interrogatoire.

Notamment, dans l'arrêt *Salituro*, précité, à la p. 666, le juge Iacobucci cite les motifs du juge McLachlin dans l'arrêt *Khan* à titre d'exemple de notre «volonté d'adapter et de développer des règles de common law de manière à refléter les changements survenus dans la société en général».

Par conséquent, je ne crois pas qu'il vaudrait mieux laisser au législateur le soin de modifier la règle relative aux déclarations antérieures incompatibles; la règle a elle-même été énoncée par les juges et se prête à la réforme judiciaire, et sa modification s'inscrit dans l'évolution naturelle du droit en matière de ouï-dire, au Canada, tel qu'établi par notre Cour.

Une fois que notre Cour a décidé qu'il est de son ressort et de son devoir de réexaminer la règle orthodoxe, la question est de savoir si son arrêt *Deacon* l'empêche de mettre en œuvre la règle qu'elle estime préférable. À mon sens, il ne l'en empêche pas.

Dans l'arrêt *Salituro*, à la p. 665, le juge Iacobucci dit que «[n]otre Cour est maintenant disposée à infirmer ses propres décisions antérieures quand il y a des raisons impérieuses de le faire». Des principes directeurs doivent cependant guider notre Cour dans l'exercice de sa compétence pour réformer un arrêt antérieur. Dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, à la p. 1353, j'ai adopté les facteurs énumérés par le juge en chef

in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833. Those guidelines were:

- (1) whether the rule or principle under consideration must be varied in order to avoid a *Charter* breach;
- (2) whether the rule or principle under consideration has been attenuated or undermined by other decisions of this or other appellate courts;
- (3) whether the rule or principle under consideration has created uncertainty or has become “unduly and unnecessarily complex and technical;” and
- (4) whether the proposed change in the rule or principle is one which broadens the scope of criminal liability, or is otherwise unfavourable to the position of the accused.

While it is not necessary to vary the rule to avoid a *Charter* breach, the respondent submitted that any change would in fact result in a *Charter* violation, since a change to the orthodox rule would be inconsistent with any right the accused may have under the *Charter* to “confrontation” analogous to the U.S. constitutional right under the Sixth Amendment (which provides that “[i]n all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to . . . be confronted with the witnesses against him . . .”). The respondent relied heavily on *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, in which Wilson J. held that the introduction of preliminary inquiry evidence at trial pursuant to s. 715 of the *Criminal Code* (formerly s. 643) did not violate the accused’s rights under ss. 7 or 11(d) of the *Charter*, as long as the accused had an adequate opportunity to cross-examine the witness (at p. 543):

It is, in my view, basic to our system of justice that the accused have had a full opportunity to cross-examine the witness when the previous testimony was taken if a transcript of such testimony is to be introduced as evidence in a criminal trial for the purpose of convicting the accused.

With respect to s. 11(d) of the *Charter*, Wilson J. held (at p. 546): “. . . this claim must also fail if his

Dickson (dissident) dans l’arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833. Voici ces principes directeurs:

- (1) Y a-t-il lieu de modifier la règle ou le principe en cause afin d’éviter une violation de la *Charte*?
- (2) La règle ou le principe en cause a-t-il été atténué ou ébranlé par d’autres décisions de notre Cour ou d’autres cours d’appel?
- (3) La règle ou le principe en cause a-t-il causé une incertitude ou est-il devenu «inutilement et indûment complexe et formaliste»?
- (4) La modification proposée à la règle ou au principe en cause élargit-elle la portée de la responsabilité criminelle ou, par ailleurs, est-elle défavorable à l’accusé?

Il n’est pas nécessaire de modifier la règle pour éviter une violation de la *Charte*, mais l’intimé soutient que toute modification entraînerait de fait une telle violation, car toute modification apportée à la règle orthodoxe serait incompatible avec le droit à la «confrontation» que la *Charte* peut garantir à l’accusé et qui est analogue au droit garanti par le Sixième Amendement à la Constitution des États-Unis (qui dit que [TRADUCTION] «[d]ans toutes les poursuites criminelles, l’accusé aura droit [. . .] d’être confronté avec les témoins à charge . . .»). L’intimé a fait grand cas de l’arrêt *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, dans lequel le juge Wilson a décidé que l’utilisation au procès d’un témoignage fait à l’enquête préliminaire, en application de l’art. 715 (auparavant l’art. 643) du *Code criminel*, ne violait pas les droits reconnus à l’accusé en vertu de l’art. 7 ou de l’al. 11(d) de la *Charte*, pourvu que l’accusé ait eu l’occasion voulue de contre-interroger le témoin (à la p. 543):

À mon avis, il est essentiel à notre système de justice que l’accusé ait eu l’occasion voulue de contre-interroger le témoin au moment de la déposition antérieure, si la transcription doit être produite comme preuve à charge dans un procès criminel.

Quant à la prétention relative à l’al. 11(d) de la *Charte*, le juge Wilson conclut, à la p. 546, qu’elle

constitutional right to have had a full opportunity to cross-examine the witness on the earlier occasion was respected”.

However, it is clear that Wilson J.’s emphasis on the importance of cross-examination at the time the evidence was given was necessitated by the present unavailability of the witness, as required by the list of circumstances in s. 715(1)(a) to (d): for the purposes of that provision, the witness must be proven to have refused to testify, or be dead, insane, too ill to travel, or absent from Canada. Cross-examination at the time the evidence was given is clearly the only kind of cross-examination possible where a witness is unavailable at trial, so Wilson J.’s words should not be read in an overly restrictive fashion. In the case of prior inconsistent statements, by definition the witness is presently available for cross-examination, and cross-examination at trial represents an adequate safeguard of the accused’s ss. 7 and 11(d) rights as a substitute for cross-examination at the time the prior inconsistent statement was made. I have discussed the arguments respecting the value of contemporaneous cross-examination, and will return to them below. In addition, Wilson J. also expressed the more lenient proposition in *Potvin* (at p. 544) that “It is, as I have said, a principle of fundamental justice that the accused have had a full opportunity to cross-examine the adverse witness”, indicating that her references to contemporaneity were perhaps not intended to define the content of the right to cross-examine. This more lenient requirement is clearly satisfied in the case of prior inconsistent statements.

I note also that the effect of this Court’s holding in *Khan*, in which the evidence of a child complainant was admitted through her mother’s testimony, was to deprive the accused of any opportunity to cross-examine the hearsay declarant, either at the time the statement was made or at trial. Similarly, in *Smith*, the hearsay declarant was dead, Smith being tried for her murder. Indeed, such is

«doit également être rejetée si son droit constitutionnel d’avoir eu l’occasion voulue de contre-interroger le témoin a été respecté».

^a Toutefois, il est clair que si le juge Wilson a insisté sur l’importance du contre-interrogatoire au moment où le témoignage a été donné, c’est parce que le témoin n’était pas disponible, en raison de l’une des circonstances énumérées aux sous-al. 715(1)(a) à (d): pour l’application de cette disposition, il doit être établi que le témoin a refusé de rendre témoignage, ou qu’il est décédé, aliéné, trop malade pour voyager ou absent du Canada. Le contre-interrogatoire au moment où le témoignage a été donné est clairement le seul type de contre-interrogatoire possible si le témoin n’est pas disponible durant le procès, de sorte que les propos du juge Wilson ne doivent pas être interprétés d’une manière trop restrictive. Dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, le témoin est, par définition, présent et peut être contre-interrogé, et le contre-interrogatoire au procès constitue une protection suffisante des droits de l’accusé reconnus à l’art. 7 et à l’al. 11(d), qui peut remplacer le contre-interrogatoire au moment où la déclaration antérieure incompatible a été faite. J’ai examiné les arguments relatifs à la valeur du contre-interrogatoire fait au moment précis où la déclaration a été faite. J’y reviendrai plus loin. En outre, le juge Wilson a également formulé une proposition plus indulgente dans l’arrêt *Potvin* (à la p. 544): «Comme je l’ai dit, c’est un principe de justice fondamentale que l’accusé ait eu l’occasion voulue de contre-interroger le témoin à charge», indiquant par là qu’en faisant mention de la contemporanéité, elle n’entendait peut-être pas préciser le contenu du droit au contre-interrogatoire. Dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, cette exigence moins rigoureuse est nettement remplie.

ⁱ Je remarque aussi que l’arrêt *Khan* de notre Cour, dans lequel le témoignage d’une enfant, qui était la plaignante, a été admis au moyen du témoignage de sa mère, a eu pour effet de priver l’accusé de toute possibilité de contre-interroger l’auteur du oui-dire, soit au moment où il a fait la déclaration, soit au procès. De la même façon, dans l’arrêt *Smith*, l’auteure du oui-dire était décédée, Smith

the case with all of the hearsay exceptions in which necessity is created by the unavailability of the hearsay declarant, either under the old categorical approach or under the new principled approach. In neither *Khan* nor *Smith* was it suggested that the inability of the accused to cross-examine the hearsay declarant at any time infringed any of the accused's *Charter* rights. In this case, the accused has the added protection of full cross-examination at trial.

Finally, the operation of a modified rule to admit the accused's self-incriminating prior inconsistent statements from a previous proceeding in violation of s. 13 is foreclosed by this Court's decision in *Kuldip*, which recognized that this provision of the *Charter* required a form of the orthodox rule to be applied to the accused's prior statements, even though such statements, being admissions, would not be excluded as substantive evidence by the hearsay rule.

The other guidelines also suggest that this Court should not decline to overrule *Deacon* if it thinks best to do so. While the orthodox rule itself has not been attenuated by this Court, the traditional hearsay rules from which it developed and which supply its rationale certainly have been in *Khan* and *Smith*. Successful attacks on the categorical approach to the hearsay rule also weaken the underpinnings of the orthodox rule. It is true that this Court has recently restated the orthodox rule, but it has not done so in the context of reconsidering the orthodox rule itself.

Part of the rationale for the orthodox rule has similarly been attenuated by changes in the methods of proof and demonstration in the modern trial process. When hearsay evidence is tendered, the trier of fact is being asked to act on second-hand testimony: the trier never actually hears or sees the hearsay declarant make the statement, and so has no basis on which to evaluate the statement for him or herself. Rather, the trier of fact must rely on

étant poursuivi pour le meurtre de celle-ci. En effet, tel est le cas pour toutes les exceptions à l'exclusion du ouï-dire dans lesquelles la nécessité résulte de l'absence de l'auteur du ouï-dire, soit selon l'ancienne analyse fondée sur des catégories, soit selon la nouvelle analyse fondée sur des principes. Ni dans l'arrêt *Khan* ni dans l'arrêt *Smith*, n'a-t-on donné à entendre que l'impossibilité pour l'accusé de contre-interroger l'auteur du ouï-dire à quelque moment que ce soit portait atteinte aux droits de l'accusé garantis par la *Charte*. En l'espèce, l'accusé jouit en outre de la protection offerte par le contre-interrogatoire au procès.

Enfin, une règle modifiée permettant l'admission de déclarations incompatibles incriminantes faites dans une procédure antérieure par l'accusé, en contravention de l'art. 13, est exclue par l'arrêt *Kuldip* de notre Cour, qui a reconnu que cette disposition de la *Charte* exigeait qu'une forme de la règle orthodoxe soit appliquée aux déclarations antérieures de l'accusé, bien que ces déclarations, représentant des aveux, ne seraient pas écartées en tant que preuve de fond par la règle du ouï-dire.

Il appert également des autres principes directeurs que notre Cour ne doit pas refuser d'infirmer l'arrêt *Deacon* si elle l'estime préférable. La règle orthodoxe elle-même n'a pas été atténuée par notre Cour, mais les règles traditionnelles du ouï-dire dont elle est issue et qui en forment le fondement l'ont certainement été dans les arrêts *Khan* et *Smith*. Les attaques fructueuses contre l'analyse fondée sur des catégories d'exceptions de la règle du ouï-dire battent également en brèche les principes qui sous-tendent la règle orthodoxe. Il est vrai que notre Cour a récemment réaffirmé la règle orthodoxe, mais elle ne l'a pas fait dans le contexte d'un nouvel examen de la règle elle-même.

De la même façon, le fondement de la règle orthodoxe a été amoindri, en partie, par les changements des méthodes de preuve et de démonstration dans le procès moderne. Quand une preuve par ouï-dire est présentée, le juge des faits n'entend qu'un témoignage de seconde main; il n'entend ni ne voit le déclarant faire la déclaration et n'a donc rien sur quoi fonder son évaluation de la déclaration. Il doit plutôt se fier à la relation de la

the account of the statement given by the testifying witness, with all of the inherent weaknesses of recollection and perception that human witnesses possess. All of this has changed with the advent of videotaping. In a manner not possible when *Wright v. Beckett*, *Duckworth*, or *Deacon* were decided, prior statements can be placed before the trier of fact in their entirety and in a form which ensures their integrity. This change has significantly undermined the “presence” rationale for the orthodox rule.

Respecting the complexity or technicality of the orthodox rule’s distinction between permissible and impermissible uses of prior inconsistent statements, I wrote in *Kuldip*, at p. 635, that “While such a distinction may be somewhat troublesome to the jury, it is my view that with the benefit of clear instructions from the trial judge the jury will not be unduly burdened with this distinction.” The distinction of the orthodox rule itself is not overly complex, but once viewed as part of the categorical approach to hearsay evidence, it is clear that it is one of the more artificial and technical of the rules of evidence from the point of view of a juror. It would be far better, in my view, to replace the blanket exclusion of reliable evidence for a particular purpose with a general rule of admissibility for all purposes when certain criteria are met.

Finally, there is the matter of whether reforming the orthodox rule would be more favourable to the Crown than to the accused, or would otherwise broaden the scope of criminal liability. In *R. v. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321, leave to appeal to S.C.C. refused, [1985] 1 S.C.R. xiv, Martin J.A. for the Ontario Court of Appeal stated, at p. 341, that “[g]enerally speaking, the accused, rather than the Crown, is the beneficiary of the rule that prior inconsistent statements of a witness (unless adopted by him in his evidence) are not evidence of the facts contained in them.” This is because the Crown bears the burden of leading evidence, much of which will be based on police interviews with

déclaration faite par le témoin qui dépose, avec toutes les faiblesses inhérentes de la mémoire et de la perception chez l’être humain. Tout cela a changé depuis l’avènement de la vidéophonie. D’une manière qui n’était pas possible lorsque les arrêts *Wright c. Beckett*, *Duckworth* ou *Deacon* ont été rendus, les déclarations antérieures peuvent être soumises au juge des faits dans leur intégralité et sous une forme qui en assure l’intégrité. Ce changement a sérieusement entamé le fondement de la règle orthodoxe, pour ce qui est de la «présence» du témoin.

Au sujet de la complexité ou du caractère formaliste de la distinction que suppose la règle orthodoxe entre les utilisations acceptables et les utilisations inacceptables des déclarations antérieures incompatibles, j’ai écrit dans l’arrêt *Kuldip*, à la p. 635: «Bien que cette distinction puisse être quelque peu difficile pour le jury, j’estime que, si le juge du procès lui présente des directives claires et nettes, le jury ne devrait pas en être trop embarrassé.» La distinction qu’exige la règle orthodoxe elle-même n’est pas trop complexe, mais si on la considère par rapport à l’analyse fondée sur des catégories de la preuve par oui-dire, c’est de toute évidence l’une des règles de preuve les plus artificielles et les plus formalistes du point de vue du jury. Il vaudrait beaucoup mieux, à mon sens, remplacer l’exclusion générale de témoignages fiables dans un but particulier par une règle générale d’admissibilité à tous égards, conformément à certains critères.

En dernier lieu, il reste à savoir si la réforme de la règle orthodoxe serait plus favorable au ministère public qu’à l’accusé, ou si elle élargirait la portée de la responsabilité criminelle. Dans l’arrêt *R. c. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321, autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, [1985] 1 R.C.S. xiv, le juge Martin de la Cour d’appel de l’Ontario dit, à la p. 341, que [TRADUCTION] «[e]n règle générale, c’est à l’accusé, et non au ministère public, que profite la règle que les déclarations antérieures incompatibles d’un témoin (sauf s’il les a reconnues dans sa déposition) ne font pas foi des faits qui y sont énoncés». Cela s’explique par le fait que le ministère public a la charge de présenta-

potential witnesses, leading to a greater likelihood that a Crown witness will recant and allow the Crown to take advantage of a reformed rule. The accused and his counsel will not often have the same access to witnesses to collect prior statements, and may not in fact lead evidence at all.

However, I do not think that it can be conclusively stated that a reformed rule would necessarily broaden the scope of criminal liability in the sense intended by Dickson C.J. in *Bernard*. In *Bernard*, at pp. 860-61, Dickson C.J. wrote of the fourth guideline:

Respect for the principle of certainty and the institutional limits imposed upon the law-making function of the courts should constrain the Court from overruling a prior decision where the effect would be to expand criminal liability. It is not for the courts to create new offences, or to broaden the net of liability, particularly as changes in the law through judicial decision operate retrospectively. The same argument does not apply, however, where the result of overruling a prior decision is to establish a rule favourable to the accused.

Thus, it can be seen that Dickson C.J. was speaking of a more causally direct expansion of criminal liability; for example, in *Bernard* by reconsidering the effect of drunkenness on criminal liability, and in *Chaulk* by reconsidering the meaning of insanity. Merely admitting substantive evidence which will more often perhaps, incriminate the accused than it will exculpate the accused does not, in my view, expand criminal liability in the sense intended by Dickson C.J. in *Bernard*. To enable the Crown to secure more convictions with a new evidentiary rule expanding the scope of admissibility is not to expand the scope of criminal liability; it is, rather, to find more criminals liable. It cannot be said that the accused has any "certainty" interest in the orthodox rule, unless one considers the situation where the accused convinces a Crown witness to recant, secure in the knowledge that the prior statement will not be sub-

tion, sa preuve consistant en grande partie dans les interrogatoires des témoins éventuels, faits par les policiers, et qu'il est donc plus probable que ce sera un témoin à charge qui se rétractera, ce qui permettrait au ministère public de profiter d'une règle réformée. L'accusé et son avocat n'auront pas souvent une possibilité égale de recueillir les déclarations antérieures de témoins et peuvent ne présenter aucune preuve.

Toutefois, je ne pense pas que l'on puisse affirmer catégoriquement qu'une règle réformée élargirait nécessairement la portée de la responsabilité criminelle au sens que l'entendait le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bernard*. Dans cet arrêt, il écrit, au sujet du quatrième principe directeur, aux pp. 860 et 861:

Le respect du principe de la certitude et les restrictions institutionnelles imposées aux tribunaux en ce qui concerne l'élaboration du droit prétorien devraient inciter la Cour à refuser de renverser un arrêt antérieur quand cela aurait pour effet d'élargir la responsabilité criminelle. Il n'appartient pas aux tribunaux de créer de nouvelles infractions ni de donner plus d'extension à la responsabilité, d'autant plus que les changements apportés au droit par des décisions judiciaires ont un effet rétroactif. Le même argument ne peut toutefois pas être invoqué lorsque le fait de renverser un arrêt antérieur a pour conséquence la création d'une règle favorable à l'accusé.

Ainsi, on peut voir que le juge en chef Dickson parlait d'un élargissement de la responsabilité criminelle causé plus directement; par exemple, dans l'arrêt *Bernard*, il est causé par le réexamen de l'effet de l'ivresse sur la responsabilité criminelle et, dans l'arrêt *Chaulk*, par le réexamen de l'aliénation mentale. Simplement admettre une preuve de fond qui, plus souvent peut-être, incriminera l'accusé plutôt que de le disculper, n'élargit pas, à mon sens, la portée de la responsabilité criminelle au sens que l'entendait le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bernard*. Fournir au ministère public le moyen d'obtenir davantage de déclarations de culpabilité, grâce à une nouvelle règle de preuve qui donne plus d'extension à l'admissibilité, n'élargit pas la portée de la responsabilité criminelle; cela permet plutôt de faire déclarer coupables plus de criminels. On ne saurait soutenir que la règle orthodoxe apporte une certaine «certitude» à l'ac-

stantively admissible. This is not a result that the value of certainty is intended to promote. In addition, the courts are not institutionally limited from adjusting common law rules, as I have stated above, the same way they are from making wholesale changes to the elements of substantive offences. While it may be true that prior inconsistent statements will more often be tendered by the Crown, this is not to say that such statements will always be believed by the trier of fact in preference to the witnesses' present testimony.

Therefore, the guidelines established in *Bernard* do not suggest that this Court should do anything other than what it thinks best in reconsidering the orthodox rule: a reformed rule would not violate the *Charter*, the existing rule has been attenuated by developments in the law of hearsay and is somewhat, if not overly, technical, and reforming the rule would not directly expand the scope of criminal liability. All that remains is to consider what this Court ought to do.

V — The New Admissibility Rule

A. *Requirements and the Hearsay Dangers*

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. Furthermore, there must be a *voir dire* before such statements are put before the jury as substantive evidence, in which the trial judge satisfies him or herself that the statement was made in circumstances which do not negate its reliability.

cusé, sauf si l'on tient compte du cas où l'accusé convainc un témoin à charge de se rétracter, avec la certitude que la déclaration antérieure ne sera pas admissible quant au fond. Or, ce n'est pas un résultat que la valeur que représente la certitude est censée favoriser. En outre, je le répète, les tribunaux ne sont pas assujettis aux mêmes restrictions institutionnelles, pour ce qui est de rajuster les règles de common law, qu'en ce qui a trait aux modifications générales qu'ils souhaiteraient apporter aux éléments d'infractions matérielles précises. Il est peut-être vrai que les déclarations antérieures incompatibles seront plus souvent présentées par le ministère public, mais cela ne veut pas dire que le juge des faits ajoutera toujours foi à ces déclarations de préférence aux dépositions actuelles des témoins.

Par conséquent, il ne ressort pas des principes directeurs énoncés dans l'arrêt *Bernard* que notre Cour doive faire autre chose que ce qu'elle juge à propos dans le réexamen de la règle orthodoxe: une règle réformée ne porterait pas atteinte à la *Charte*, la règle existante a été atténuée par l'évolution des règles de droit en matière de ouï-dire et elle est un peu, voire trop, formaliste, et réformer la règle n'élargirait pas directement la portée de la responsabilité criminelle. Il ne reste qu'à décider quelle solution notre Cour devrait adopter.

V — La nouvelle règle d'admissibilité

A. *Les exigences de la règle et les dangers du ouï-dire*

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 élaborée 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. Au surplus, le juge doit tenir un *voir dire* avant de présenter ces déclarations au jury à titre de preuve de fond, afin de s'assurer que la déclaration a été faite dans des circonstances qui ne réduisent pas sa fiabilité à néant.

As a threshold matter, before discussing the specific requirements of the reformed rule, I would adopt the requirement embodied in the provision proposed by the Law Reform Commission of Canada, and in the English *Civil Evidence Act 1968*, that prior inconsistent statements will only be admissible if they would have been admissible as the witness's sole testimony. That is, if the witness could not have made the statement at trial during his or her examination-in-chief or cross-examination, for whatever reason, it cannot be made admissible through the back door, as it were, under the reformed prior inconsistent statement rule.

There are two situations which provide examples of this requirement. First, it may be that the content of the prior inconsistent statement would not normally be admissible because it is hearsay. If the witness makes a prior statement relating direct evidence about a material fact ("I saw Y fire the gun"), there will be no barrier to admitting the prior statement. Such direct evidence would have been subject to no exclusionary rule of evidence.

However, if the witness's prior statement merely repeated the direct evidence of another person ("X said he saw Y fire the gun"), such a statement, even when made with circumstantial guarantees of reliability, will not be substantively admissible for the truth of the evidence of that other person: because the statement is naked hearsay if offered to prove the fact that Y fired the gun, it would not have been admissible to prove that fact (absent a hearsay exception) as direct evidence from the testifying witness, and it does not become admissible evidence to prove that fact through the operation of the reformed rule. The only use that can be made of such prior statements is as proof that the statement was made to the witness, but not, obviously, as proof that Y fired the gun. This is no more than the hearsay rule applied to the prior statement as if it was evidence tendered at trial.

Préalablement, avant d'étudier les exigences précises de la règle réformée, je ferais mienne l'exigence incorporée dans le projet d'article de la Commission de réforme du droit du Canada et dans la *Civil Evidence Act 1968* de l'Angleterre, selon laquelle ne seraient admissibles que les déclarations antérieures incompatibles qui auraient été admissibles si elles constituaient la seule déposition du témoin. C'est-à-dire que, si le témoin n'aurait pas pu faire la déclaration au cours de son interrogatoire principal ou de son contre-interrogatoire, pour quelque raison que ce soit, elle ne saurait être admissible indirectement, en application de la règle réformée relative aux déclarations antérieures incompatibles.

Voyons deux cas d'application de cette exigence. Premièrement, il se peut que le contenu de la déclaration antérieure incompatible ne soit pas normalement admissible parce qu'il s'agit d'un ouï-dire. Si le témoin a fait une déclaration antérieure contenant une preuve directe d'un fait essentiel («J'ai vu Y tirer le coup de feu»), rien ne fait obstacle à l'admission de la déclaration antérieure. Cette preuve directe n'aurait été l'objet d'aucune règle d'exclusion.

Toutefois, si le témoin, dans sa déclaration antérieure, a simplement répété la preuve directe d'une autre personne («X a dit qu'il avait vu Y tirer le coup de feu»), cette déclaration, même si elle a été faite dans des circonstances garantissant sa fiabilité, ne sera pas admissible quant au fond comme preuve de la véracité des dires de cette autre personne: parce que la déclaration ne représente que du ouï-dire pur et simple si elle est présentée comme preuve du fait que Y a tiré le coup de feu, elle n'aurait pas été admissible comme preuve directe de ce fait au procès (en l'absence d'une exception à l'exclusion du ouï-dire) et ne devient pas non plus admissible à titre de preuve de ce fait en application de la règle réformée. Une telle déclaration antérieure ne peut servir qu'à prouver que la déclaration a été faite au témoin, mais non, de toute évidence, à prouver que Y a tiré le coup de feu. Ce n'est rien d'autre que l'application de la règle du ouï-dire à la déclaration antérieure comme si celle-ci était une preuve produite au procès.

The final possibility in this category is the present case (“Y told me he fired the gun”), in which the statement relates hearsay which is admissible under an established hearsay exception: while the statement repeats the evidence of another person, as in the second example, the hearsay exception applicable to the reported statement because it is an admission applies to the prior statement, again, as if the prior statement itself had been the witness’s sole testimony. Because of the circumstantial guarantees of reliability attaching to admissions (on the assumption that an accused would not falsely incriminate himself), the hearsay statement may be admitted to prove the fact that Y fired the gun. But it is crucial that the matters in the prior statement would have been admissible if offered as the witness’s sole testimony.

A second category of inadmissible evidence must also be discussed. In some cases, the prior statement may be that of a state agent who repeats an admission by the accused. Imagine the case of a police agent (perhaps a friend of the accused who is conscripted by the police) who is placed in the cell with the accused, and to whom the accused makes an admission. The police agent repeats the admission for the police, but recants at trial. Again, for the prior statement to be substantively admissible under the reformed rule, the admission must have been obtained in such a way that it would have been admissible as the witness’s sole evidence. This Court has recently discussed the law applicable to such statements in *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595. For the Court, Iacobucci J. held that the right to silence under s. 7 of the *Charter* was engaged only when the accused was detained, and that the right to silence would be violated when a person acting as an agent of the state, but who is not obviously a state agent in the eyes of the accused, elicits a statement from the accused. Evidence so obtained in violation of the accused’s right to silence would then be subject to exclusion under s. 24(2) of the *Charter*, and with respect to the first of the factors enumerated in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, Iacobucci J. held

Le dernier cas possible dans cette catégorie est le cas présent («Y m’a dit qu’il avait tiré le coup de feu»), dans lequel la déclaration se rapporte à du oui-dire qui est admissible en conformité avec une exception à l’exclusion du oui-dire: bien que la déclaration reprenne les dires d’une autre personne, comme dans le deuxième exemple, l’exception à l’exclusion du oui-dire, applicable à la déclaration relatée parce que celle-ci renferme des aveux, s’applique à la déclaration antérieure, encore une fois, comme si la déclaration antérieure elle-même constituait la seule déposition du témoin. En raison des garanties de fiabilité qu’offrent les circonstances dans le cas d’aveux (en supposant que l’accusé ne s’incriminerait pas faussement lui-même), le oui-dire peut être admis pour prouver le fait que Y a tiré le coup de feu. Mais il est crucial que les faits énoncés dans la déclaration antérieure eussent été admissibles s’ils avaient été relatés dans la déposition du témoin.

Il y a lieu d’examiner une seconde catégorie de preuves inadmissibles. Parfois, la déclaration antérieure peut être celle d’un représentant de l’État qui répète les aveux de l’accusé. Imaginons le cas d’un agent de la police (peut-être un ami de l’accusé recruté par la police) qui est enfermé dans la cellule de l’accusé et à qui ce dernier fait des aveux. L’agent répète les aveux à des policiers, mais se rétracte au procès. Encore une fois, pour que la déclaration antérieure soit admissible quant au fond conformément à la règle réformée, les aveux doivent avoir été obtenus d’une manière telle qu’ils auraient été admissibles à titre de déposition du témoin. Notre Cour a étudié récemment les règles de droit applicables à de telles déclarations dans l’arrêt *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595. Au nom de la Cour, le juge Iacobucci a décidé que le droit de garder le silence, garanti par l’art. 7 de la *Charte*, n’entre en jeu que si l’accusé est détenu et que ce droit serait violé si une personne, agissant en qualité de représentant de l’État, mais qui n’est manifestement pas un représentant de l’État aux yeux de l’accusé, obtient une déclaration de l’accusé. La preuve ainsi obtenue en contravention du droit de l’accusé de se taire serait alors susceptible d’exclusion en conformité avec le par. 24(2) de la *Charte* et, pour ce qui est du pre-

(at p. 618) that “the fact that evidence is obtained by conscripting the accused against himself or herself will generally be sufficient to render the trial unfair”. The other factors (seriousness of the violation, and the effect of excluding the evidence) would also have to be considered, but the first factor may well be determinative.

The distinctions established in *Broyles* apply equally here. If the accused was not in detention when he or she made the admission, the prior statement of the state agent reporting the admission will be admissible under the reformed rule, whether it was elicited or not. If the accused was in detention when he or she made the admission, the prior statement of the state agent reporting the admission will be admissible only if the admission was made without elicitation by the state agent. In circumstances where detention and elicitation are combined in circumstances where the evidence should be excluded under s. 24(2), the state agent would not have been able to repeat the admission in his testimony at trial, so substantive evidence of that admission cannot be put before the jury through the operation of the reformed rule.

These are but two examples of circumstances in which the admissibility of the prior statement must be examined, lest what would be excluded as the witness’s primary evidence be admitted under the reformed rule simply because the witness has recanted.

I turn now to a consideration of the circumstantial guarantees of reliability required in the reformed rule.

(1) Reliability

The reliability of prior inconsistent statements is clearly a key concern for law reformers and courts which have reformed the orthodox rule, and, as I have outlined, this concern is centred on the hearsay dangers: the absence of an oath, presence, and contemporaneous cross-examination. The reliability concern is sharpened in the case of prior incon-

mier facteur énuméré dans l’arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, le juge Iacobucci a conclu (à la p. 618) que «le fait que les éléments de preuve soient obtenus en conscrivant l’accusé contre lui-même suffira généralement à rendre le procès inéquitable». Les autres facteurs (gravité de la violation et effet de l’exclusion des éléments de preuve) devraient aussi être examinés, mais le premier facteur peut bien être concluant.

Les distinctions établies dans l’arrêt *Broyles* s’appliquent également en l’espèce. Si l’accusé n’était pas détenu quand il a avoué, la déclaration antérieure du représentant de l’État relatant les aveux sera admissible en application de la règle réformée, qu’elle ait été obtenue irrégulièrement ou non. Si l’accusé était détenu quand il a avoué, la déclaration antérieure du représentant de l’État relatant les aveux sera admissible seulement si les aveux n’ont pas été soutirés par le représentant de l’État. Dans le cas où il y aurait eu à la fois détention et aveux soutirés, justifiant l’exclusion de la preuve en vertu du par. 24(2), le représentant de l’État n’aurait pas pu répéter les aveux durant son témoignage au procès, de sorte que ces aveux ne peuvent pas être présentés au jury à titre de preuve de fond en conformité avec la règle réformée.

Ce ne sont là que deux exemples de situations dans lesquelles l’admissibilité de la déclaration antérieure doit être prise en compte, de crainte que ce qui serait écarté, à titre de preuve primaire du témoin, ne soit admis en application de la règle réformée simplement parce que le témoin s’est rétracté.

J’en arrive maintenant à l’examen des garanties circonstancielles de fiabilité que doit comporter la règle réformée.

(1) La fiabilité

La fiabilité des déclarations antérieures incompatibles est nettement une préoccupation fondamentale des réformateurs du droit et des tribunaux qui ont réformé la règle orthodoxe et, comme je l’ai souligné, cette préoccupation tourne autour des dangers du oui-dire: l’absence de serment, la présence à l’audience et le contre-interrogatoire au

sistent statements because the trier of fact is asked to choose between two statements from the same witness, as opposed to other forms of hearsay in which only one account from the declarant is tendered. In other words, the focus of the inquiry in the case of prior inconsistent statements is on the comparative reliability of the prior statement and the testimony offered at trial, and so additional indicia and guarantees of reliability to those outlined in *Khan* and *Smith* must be secured in order to bring the prior statement to a comparable standard of reliability before such statements are admitted as substantive evidence.

In my opinion, and as my discussion of these dangers above indicates, only the first two of these dangers present real concerns in this context, and if these two dangers are addressed, a sufficient degree of reliability has been established to allow the trier of fact to weigh the statement against evidence tendered at trial by the same witness. The ultimate reliability of the statement and the weight to be attached to it remain, as with all evidence, determinations for the trier of fact. What the reliability component of the principled approach to hearsay exceptions addresses is a threshold of reliability, rather than ultimate or certain reliability.

The history of the common law exceptions to the hearsay rule suggests that for a hearsay statement to be received, there must be some other fact or circumstance which compensates for, or stands in the stead of the oath, presence and cross-examination. Where the safeguards associated with non-hearsay evidence are absent, there must be some substitute factor to demonstrate sufficient reliability to make it safe to admit the evidence.

I turn now to a consideration of what "substitute" indicia of trustworthiness might suffice to permit reception of prior inconsistent statements, bearing in mind that the question of reliability is a

moment précis de la déclaration. Cette préoccupation s'accroît dans le cas des déclarations antérieures incompatibles parce que le juge des faits doit choisir entre deux déclarations faites par le même témoin, par opposition aux autres formes de oui-dire dans lesquelles une seule version des faits est présentée. Autrement dit, dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, l'examen est axé sur la fiabilité relative de la déclaration antérieure et du témoignage entendu au procès, de sorte que des indices et garanties de fiabilité autres que ceux énoncés dans les arrêts *Khan* et *Smith* doivent être prévus afin que la déclaration antérieure soit soumise à une norme de fiabilité comparable avant que les déclarations de ce genre soient admises quant au fond.

À mon avis, comme cela ressort de l'analyse de ces dangers que j'ai faite plus haut, seuls les deux premiers sont vraiment préoccupants dans le présent contexte, et si l'on obvie à ces deux dangers, un degré suffisant de fiabilité aura été établi pour permettre au juge des faits d'apprécier la déclaration antérieure par rapport au témoignage présenté au procès par le même témoin. En définitive, comme pour tout élément de preuve, c'est au juge des faits qu'il appartient de se prononcer sur la fiabilité de la déclaration et sur le poids qu'il y a lieu de lui accorder. Ce que vise l'élément fiabilité de l'analyse fondée sur des principes de la règle de l'exclusion du oui-dire, c'est un seuil de fiabilité, et non la fiabilité absolue ou indiscutable.

L'évolution des exceptions à la règle du oui-dire reconnues en common law donne à entendre que l'admissibilité du oui-dire repose sur l'existence de certains autres faits ou circonstances qui remplacent le serment, la présence à l'audience et le contre-interrogatoire, ou qui en tiennent lieu. Si les garanties associées à un témoignage qui n'est pas du oui-dire sont absentes, il doit y avoir un substitut qui démontre la fiabilité suffisante de la preuve et fait en sorte qu'elle puisse être admise sans risque.

J'examinerai maintenant ce qui constituerait un indice de crédibilité «substitut» suffisant pour permettre l'admission des déclarations antérieures incompatibles, tout en retenant que c'est au juge

matter for the trial judge, to be decided on the particular circumstances of the case.

(i) *The Oath*

It is undeniable that the significance of the oath has drastically changed since its introduction. Originally the oath was grounded upon a belief that divine retribution would visit those who lied under oath. Accordingly, witnesses were required to believe in this retribution if they were to be properly sworn and their evidence admissible. In *Omychund v. Barker* (1744), 1 Atk. 21, 26 E.R. 15, Willes L.C.J. stated, at p. 31 E.R.:

Though I have shewn that an Infidel in general cannot be excluded from being a witness, and though I am of the opinion that infidels who believe a God, and future rewards and punishments in the other world, may be witnesses; yet I am as clearly of opinion, that if they do not believe a God, or future rewards and punishments, they ought not to be admitted as witnesses.

Similarly, Lord Hardwicke L.C. referred (at p. 32 E.R.) to the oath as “an appeal to the Supreme Being, as thinking him the rewarder of truth, and avenger of falsehood”. The difference between sworn and unsworn evidence was therefore crucial, and the absence of an oath when the prior statement was made was an important obstacle to admitting prior inconsistent statements for their truth.

We no longer require this belief in divine retribution; in *Reference re Truscott*, [1967] S.C.R. 309, at p. 368, this Court stated in the context of child witnesses that the witness need only understand “the moral obligation of telling the truth”. In this sense the oath can be said to have a changed significance, and if critics of the oath suggest only that its original supernatural force has disappeared, I agree with that observation.

du procès qu’il appartient de trancher la question de la fiabilité à la lumière des circonstances de l’affaire.

(i) *Le serment*

Il est indéniable que l’importance du serment a changé radicalement depuis son instauration. À l’origine, le serment était fondé sur la croyance que le châtement divin frapperait ceux qui mentaient sous serment. Par conséquent, les témoins devaient croire à ce châtement pour que leur serment soit valable et leur témoignage admissible. Dans l’arrêt *Omychund c. Barker* (1744), 1 Atk. 21, 26 E.R. 15, le lord juge en chef Willes a dit, à la p. 31 E.R.:

[TRADUCTION] Certes, j’ai montré qu’un infidèle avait, en règle générale, le droit de témoigner, et je suis d’avis que les infidèles qui croient en un dieu, aux récompenses et aux châtements futurs dans l’autre monde ont le droit de témoigner, mais pourtant je suis sans contredit d’avis que s’ils ne croient pas en un dieu, aux récompenses et aux châtements futurs, ils ne doivent pas être autorisés à témoigner.

De la même façon, le lord chancelier Hardwicke estime (à la p. 32 E.R.) que le serment est un [TRADUCTION] «appel à l’Être suprême, à celui qui récompense la vérité et qui venge le mensonge». La différence entre le témoignage sous serment et celui qui n’est pas fait sous serment était donc cruciale et l’absence de serment au moment où la déclaration antérieure avait été faite était un obstacle important à son admission comme preuve de la véracité du contenu de la déclaration antérieure incompatible.

De nos jours, nous n’exigeons plus cette croyance au châtement divin; dans *Reference re Truscott*, [1967] R.C.S. 309, à la p. 368, notre Cour a dit que, dans le contexte où un enfant fait un témoignage, il suffit qu’il comprenne [TRADUCTION] «l’obligation morale de dire la vérité». En ce sens, on peut affirmer que le serment n’a plus la même signification et, si les critiques ne font qu’affirmer que sa force surnaturelle primitive a disparu, je souscris à leur point de vue.

It is also true, as Cory J. notes, that sanctions attach to statements not made under oath. A witness who tells one story to the police and another at trial is currently exposed to prosecution under ss. 139 (obstructing justice) and 140 (public mischief) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Furthermore, with the Court's decision in this case, prior statements which satisfy the criteria of admissibility will be used as substantive evidence in a subsequent trial; as a result, a witness who makes a false statement will also be liable to prosecution under s. 137 (fabricating evidence), once he or she is informed that the statement can, and indeed will, be used at trial if he or she recants. Finally, it may well be that, in light of this decision, Parliament will wish to extend other criminal sanctions (such as the offence of perjury, for example) to one who lies under oath, solemn affirmation or solemn declaration in the course of a criminal investigation.

However, there remain compelling reasons to prefer statements made under oath, solemn affirmation or solemn declaration. While the oath will not motivate all witnesses to tell the truth (as is indicated by the witnesses' perjury in this case), its administration may serve to impress on more honest witnesses the seriousness and significance of their statements, especially where they incriminate another person in a criminal investigation.

In addition to this positive effect on the declarant, the presence of an oath, solemn affirmation or solemn declaration will increase the evidentiary value of the statement when it is admitted at trial. First, it will mean that the trier of fact will not be asked to accept unsworn testimony over sworn testimony; instead, the trier will have the opportunity to choose between two sworn statements, and the trier's ultimate decision will not be made on the basis of unsworn or unaffirmed testimony. Similarly, should the prior statement be decisive, there

Il est vrai également, comme le signale le juge Cory, que les déclarations qui ne sont pas faites sous serment peuvent faire l'objet de sanctions. Le témoin qui raconte une histoire à la police et une autre au procès s'expose actuellement à des poursuites en vertu des art. 139 (entrave à la justice) et 140 (méfait public) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. En outre, à la suite de la décision de notre Cour en l'espèce, les déclarations antérieures qui répondent aux critères d'admissibilité seront utilisées comme preuve de fond au procès; en conséquence, le témoin qui fait une fausse déclaration sera aussi passible de poursuites en vertu de l'art. 137 (fabrication de preuve) après avoir été informé que la déclaration peut être utilisée au procès, et qu'en fait elle le sera, s'il se rétracte. Enfin, il se peut fort bien que, compte tenu de cette décision, le législateur souhaite infliger d'autres sanctions pénales (comme l'infraction de parjure) à quiconque ment sous serment, ou au moment d'une affirmation ou d'une déclaration solennelles dans le cours d'une enquête criminelle.

Il reste toutefois des raisons sérieuses de préférer les déclarations faites sous serment ou les affirmations ou déclarations solennelles. Le serment ne motivera pas tous les témoins à dire la vérité (comme l'indique le parjure des témoins en l'espèce), mais le fait de prêter serment peut contribuer à faire comprendre à des témoins plus honnêtes la gravité et l'importance de leurs déclarations, surtout lorsqu'ils incriminent une autre personne au cours d'une enquête criminelle.

Outre cet effet positif sur l'auteur de la déclaration, le serment ou l'affirmation ou la déclaration solennelles augmentent la valeur probante de la déclaration lorsqu'elle est admise au procès. Premièrement, on ne demande pas alors au juge des faits de préférer un témoignage qui n'a pas été donné sous serment à un autre qui l'a été; il aura plutôt la possibilité de choisir entre deux déclarations faites sous serment, et il ne rendra pas sa décision finale sur le fondement d'un témoignage sans serment ou non solennel. De même, si la déclaration antérieure s'avère déterminante, il n'y a pas de danger que l'accusé soit déclaré coupable

is no danger of the accused being convicted solely on the basis of unsworn testimony.

Second, the presence of the oath during the making of the prior statement eliminates the explanation offered by many recanting witnesses, including one of the witnesses in this case: when confronted with the prior inconsistent statement, witnesses explain that it was not made under oath, and assert that the oath they took at trial persuaded them to tell the truth. This naturally privileges the trial testimony in the mind of the trier of fact. If both statements were made under oath, such an explanation can no longer be employed. Furthermore, since both statements cannot be true, the trier of fact has an indication of the low regard in which the witness holds the oath. Therefore, while it is true that the oath in itself has no power to ensure truthfulness in some witnesses, the fact that both statements were made under oath removes resort to the absence of an oath as an indicium of the alleged unreliability of the prior inconsistent statement.

The presence of an oath, solemn affirmation or solemn declaration will have yet another positive effect on the declarant's truthfulness and the administration of justice. A sworn prior statement will be highly persuasive evidence in any prosecution against the declarant related to false testimony (whether in the statement or at trial), and the knowledge that this evidence exists for this purpose should weigh heavily on the mind of one who considers lying in a statement, or recanting his or her prior statement to lie at trial.

Of course, the incentives provided by the declarant's exposure to prosecution under ss. 137, 139 and 140 in relation to the first statement, and his or her fear of a perjury prosecution in relation to testimony given at trial, will only be effective if these sanctions are made known to the declarant. For this reason, the witness should be warned by the person taking the statement that the statement may be used as evidence at a subsequent trial if the witness recants (thereby engaging s. 137), and also

sur le seul fondement d'un témoignage sans serment.

Deuxièmement, l'existence d'un serment lors de la déclaration antérieure neutralise l'explication offerte par de nombreux témoins qui se rétractent, comme l'un des témoins en l'espèce: lorsqu'on les met en présence de leur déclaration antérieure incompatible, les témoins expliquent qu'elle n'a pas été faite sous serment et que c'est en raison du serment prêté au procès qu'ils disent maintenant la vérité. Le juge des faits est donc naturellement porté à accorder la préférence au témoignage donné au procès. Si les deux déclarations étaient faites sous serment, il serait impossible de recourir à ce genre d'explication. En outre, les déclarations ne pouvant être toutes les deux véridiques, le juge des faits pourrait en déduire le peu de respect que le témoin accorde au serment. Par conséquent, s'il est vrai que le serment en soi n'est pas un gage de vérité quant à certains témoins, le fait que les deux déclarations ont été faites sous serment exclut la possibilité de soutenir que l'absence d'un serment est un indice du prétendu manque de fiabilité de la déclaration antérieure incompatible.

Le serment et l'affirmation ou la déclaration solennelles ont un autre effet positif sur la sincérité de l'auteur de la déclaration et sur l'administration de la justice. Une déclaration antérieure faite sous serment sera une preuve des plus persuasives dans toute poursuite contre l'auteur en ce qui concerne le faux témoignage (que ce soit au moment de la déclaration ou au procès), et le fait de savoir que cette preuve existe à cette fin devrait compter pour beaucoup pour quelqu'un qui songe à mentir en faisant une déclaration ou en se rétractant au procès.

Naturellement, les incitations qui découlent du fait que l'auteur s'expose à des poursuites en vertu des art. 137, 139 et 140 relativement à sa première déclaration, et sa crainte d'être accusé de parjure relativement à son témoignage au procès, ne pourront agir que si le témoin est mis au courant de ces sanctions. Pour cette raison, la personne qui prend la déclaration devrait avertir le témoin que cette déclaration peut être utilisée comme preuve à un procès s'il se rétracte (s'exposant ainsi à être pour-

that severe criminal sanctions will accompany the making of a false statement. This warning should refer specifically to ss. 137, 139 and 140 of the *Criminal Code*, and repeat the elements of and sanctions for those offences. As does the formal swearing of the witness in the trial process, this warning and the administration of the oath should serve to bring home to the witness the gravity of the situation and his duty to tell the truth.

Therefore, the best indicium of reliability on the principled approach of *Smith* in the case of prior inconsistent statements is that the statement, to be substantively admissible, has been made (i) under oath, solemn affirmation, or solemn declaration, and (ii) following the administration of an explicit warning to the witness of his or her amenability to prosecution if it is discovered that he or she has lied. This indicium satisfies the first hearsay danger entirely: in no case will the trier of fact be asked to accept unsworn testimony over sworn testimony, verdicts will not be based on unsworn testimony, and the circumstances which promote truthful trial testimony will have been recreated as fully as is possible.

Were the oath an absolute requirement for a finding of reliability, the only prior inconsistent statements which could be received would be statements made in circumstances where the person receiving the statement is authorized to administer the warning and the oath or affirmation. Thus, statements made to family members or friends would generally not comply, unless the witness then repeats the statement for appropriately authorized persons. In the case of police interviews, this would likely present no real difficulty, since each police station will usually have a Justice of the Peace present or readily available for interim release hearings. The Justice could then administer the warning before the statement is made, and the oath after the statement is made. Similarly, police officers on duty as the Officer in Charge could be made commissioners for the taking of oaths in the

suivi en vertu de l'art. 137) et qu'il encourt des sanctions pénales graves s'il fait une fausse déclaration. Il y aurait lieu de faire expressément mention dans cette mise en garde des art. 137, 139 et 140 du *Code criminel* et de reprendre les éléments de ces infractions ainsi que les sanctions qui s'y rattachent. Comme l'assermentation officielle du témoin au procès, cette mise en garde et le fait de lui faire prêter serment devraient servir à lui faire comprendre la gravité de la situation et son obligation de dire la vérité.

En conséquence, dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, le meilleur indice de fiabilité suivant l'analyse fondée sur des principes élaborée dans *Smith* est que la déclaration, pour être admissible quant au fond, a été faite (i) sous serment ou affirmation ou déclaration solennelles et (ii) après que le témoin a été expressément averti qu'il pouvait être inculpé s'il s'avérait qu'il avait menti. Cet indice est tout à fait satisfaisant quant au premier danger du oui-dire: en aucun cas, le juge des faits n'aura à accepter un témoignage qui n'a pas été fait sous serment de préférence à un autre qui l'a été, les verdicts ne seront pas fondés sur un témoignage qui n'a pas été fait sous serment et on aura recréé dans la plus grande mesure possible les circonstances qui favorisent la vérité dans les témoignages donnés au procès.

Si le serment était une condition essentielle à une conclusion de fiabilité, les seules déclarations antérieures incompatibles pouvant être admises seraient les déclarations faites dans des circonstances où les personnes qui les reçoivent sont autorisées à faire la mise en garde et à faire prêter serment ou à recevoir une affirmation solennelle. Ainsi, les déclarations faites à des membres de la famille ou à des amis ne répondraient généralement pas à ce critère, sauf si le témoin répète la déclaration devant des personnes autorisées. Dans le cas d'interrogatoires de la police, cela ne poserait vraisemblablement aucun problème, car il y a en temps normal dans tous les postes de police un juge de paix qui peut présider une audience relative à la mise en liberté provisoire, ou il y en a un de disponible à bref délai. Le juge de paix peut alors faire la mise en garde à la personne avant

province, and administer the warning and oath in the Justice's absence.

However, 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.

(ii) *Presence*

Proponents of the orthodox rule emphasize the many verbal and non-verbal cues which triers of fact rely upon in order to assess credibility. When the witness is on the stand, the trier can observe the witness's reaction to questions, hesitation, degree of commitment to the statement being made, etc. Most importantly, and subsuming all of these factors, the trier can assess the relationship between the interviewer and the witness to observe the extent to which the testimony of the witness is the product of the investigator's questioning. Such subtle observations and cues cannot be gleaned from a transcript, read in court in counsel's monotone, where the atmosphere of the exchange is entirely lost.

All of these indicia of credibility, and therefore reliability, are available to the trier of fact when the witness's prior statement is videotaped. During the course of the hearing, counsel for the appellant screened a brief excerpt from the videotape of one of the interviews. In the main portion of the television screen is a medium-length shot of the witness facing the camera and seated across a table from

qu'elle ne fasse la déclaration et lui faire prêter serment après coup. En outre, les policiers qui sont de service en qualité d'agents responsables pourraient être désignés commissaires à l'assermentation dans leur province et faire la mise en garde et faire prêter serment en l'absence du juge de paix.

Toutefois, 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.

(ii) *La présence à l'audience*

Les tenants de la règle orthodoxe mettent l'accent sur les nombreuses indications, verbales ou autres, dont les juges des faits tiennent compte dans l'évaluation de la crédibilité. Quand le témoin est à la barre, le juge des faits peut observer ses réactions aux questions, ses hésitations, il peut voir s'il est catégorique, etc. Fait plus important, qui subsume tous ces facteurs, le juge peut évaluer la relation entre celui qui pose les questions et le témoin, et mesurer dans quelle mesure le témoignage est le produit de l'interrogatoire. Ces observations et indications subtiles ne ressortent pas d'une transcription lue à l'audience par un avocat sur un ton monocorde et faisant totalement abstraction du climat de l'échange.

Le juge des faits dispose de tous ces indices de crédibilité, et donc de fiabilité, quand la déclaration antérieure des témoins a été enregistrée sur bande vidéo. Durant l'instruction, l'avocat de l'appelante a projeté une partie de l'un des interrogatoires. La plus grande partie de l'écran montre, au centre, en plan moyen, le témoin face à la caméra et assis derrière une table face au policier qui l'in-

the interviewing officer, showing the physical relationship between the two people. In one upper corner is a close-up of the witness's face as he or she speaks, capturing nuances of expression lost in the main view. Along the bottom of the screen is a line showing the date and a time counter, with the seconds ticking off, ensuring that the continuity and integrity of the record is maintained. The audio-visual medium captures other elements of the statement lost in a transcript, such as actions or distinctive motions which the witness demonstrates (as in this case), or answers given by nodding or shaking the head. In other words, the experience of being in the room with the witness and the interviewing officer is recreated as fully as possible for the viewer. Not only does the trier of fact have access to the full range of non-verbal indicia of credibility, but there is also a reproduction of the statement which is fully accurate, eliminating the danger of inaccurate recounting which motivates the rule against hearsay evidence. In a very real sense, the evidence ceases to be hearsay in this important respect, since the hearsay declarant is brought before the trier of fact.

Of course, the police would not resort to this precaution in every case; it may well be reserved for cases such as this, where a major crime such as murder is being investigated, the testimony of the witnesses is important to the Crown's case, and the character of the witnesses suggests that such precautions would be advisable. It is quite possible that such equipment would be available to police of given forces at a central location, and that such crucial though unstable witnesses will be taken to such locations to make their statements, or, where the statements have already been made, to repeat them in a form which may be substantively admissible should the witness recant.

In addition to an oath or solemn affirmation and warning, then, a complete videotape record of the type described above, or one which duplicates the experience of observing a witness in the courtroom

terroge, ce qui permet d'observer la position respective des deux personnes. Dans l'un des coins supérieurs on voit en gros plan le visage du témoin qui parle; on peut ainsi voir les nuances de l'expression que l'image principale ne permet pas d'observer. Au bas de l'écran, une ligne indique la date et un enregistreur de temps, marquant les secondes, garantissant l'enchaînement continu et l'intégrité de l'enregistrement. L'audiovisuel permet de remarquer d'autres aspects de la déclaration qu'une transcription ne peut rendre, tels que les actions et les gestes caractéristiques du témoin (comme dans le cas présent), ou les réponses données par des signes de tête (dénégation ou acquiescement). Autrement dit, l'enregistrement donne l'impression au spectateur, autant que faire se peut, d'être dans la pièce avec le témoin et le policier qui l'interroge. Non seulement le juge des faits peut constater tous les indices non verbaux de fiabilité, mais encore il peut assister à la reproduction fidèle de la déclaration, ce qui élimine le danger de relation inexacte qui est à la base de la règle interdisant le oui-dire. D'une manière très concrète, le témoignage cesse d'être du oui-dire sous cet aspect important, car l'auteur du oui-dire comparait devant le juge des faits.

Bien entendu, la police ne prendrait pas dans tous les cas, une telle précaution, qui pourrait bien n'être opportune que dans des cas comme le présent, lorsque l'enquête porte sur un crime grave tel le meurtre, que le témoignage des témoins est un élément important de la preuve du ministère public et que cette précaution semble indiquée étant donné les traits de caractère des témoins. Il est tout à fait possible que le matériel dont disposent certains corps policiers soit placé à un endroit central et que ces témoins très importants mais instables soient transportés à cet endroit pour qu'ils y fassent leur déclaration ou, si celle-ci a déjà été faite, pour qu'ils la répètent sous une forme qui peut être admissible quant au fond au cas où ils se rétracteraient.

Outre le serment ou l'affirmation solennelle et la mise en garde, l'enregistrement intégral sur bande vidéo qui est décrit plus haut, ou qui recrée dans la même mesure ce que l'observation du témoin dans

to the same extent, is another important indicium of reliability which will satisfy the principled basis for the admission of hearsay evidence.

Again, 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. I would only note at this point that there are many persons who could serve this function: police stations will have justices of the peace present or available, the witness may have his or her own lawyer present, and ss. 56(2)(c) and 56(2)(d) of the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, provide that a young person making a statement has a right of access to counsel, parents, or adult relatives. It will be a matter for the trial judge to determine whether or not a sufficient substitute for a videotape record has been provided to allow the trier of fact access to sufficient demeanour evidence to make the statement admissible.

(iii) *Cross-examination*

The final hearsay danger is the lack of contemporaneous cross-examination when the statement is made. The appellant is correct to concede that this is the most important of the hearsay dangers. However, in the case of prior inconsistent statements, it is also the most easily remedied by the opportunity to cross-examine at trial. This is a feature of prior inconsistent statements that conclusively distinguishes them from other forms of hearsay. As the United States Supreme Court noted in *California v. Green*, *supra*, at p. 159:

... the inability to cross-examine the witness at the time he made his prior statement cannot easily be shown to be of crucial significance as long as the defendant is assured of full and effective cross-examination at the time of trial. The most successful cross-examination at the time the prior statement was made could hardly hope to accomplish more than has already been accomplished by the fact that the witness is now telling a different,

la salle d'audience permet de voir, est un autre indice important de fiabilité, conforme aux principes qui sous-tendent l'admission de la preuve par ouï-dire.

a

Une fois de plus, 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. Je ferai remarquer seulement à ce moment-ci que nombre de personnes pourraient remplir cette fonction: il y a des juges de paix dans les postes de police ou il y en a de disponibles, l'avocat du témoin peut être présent, et les al. 56(2)c) et 56(2)d) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, disposent que l'adolescent qui fait une déclaration a le droit de consulter son avocat, ses parents ou des parents adultes. Il appartient au juge du procès de décider si l'enregistrement sur bande vidéo a été remplacé par un autre moyen suffisant pour permettre au juge des faits d'apprécier suffisamment la preuve en ce qui a trait au comportement pour rendre la déclaration admissible.

b

c

d

e

(iii) *Le contre-interrogatoire*

f

Le dernier danger du ouï-dire réside dans l'absence de contre-interrogatoire au moment où la déclaration est faite. L'appelante admet avec raison que c'est là le danger le plus important du ouï-dire. Toutefois, dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, c'est celui auquel il est le plus facile d'obvier, grâce à la possibilité de contre-interroger au procès. C'est une caractéristique des déclarations antérieures incompatibles qui les distingue de façon concluante des autres formes de ouï-dire. Comme l'a fait remarquer la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *California c. Green*, précité, à la p. 159:

g

h

i

j

[TRADUCTION] ... on ne peut pas prouver facilement que l'impossibilité de contre-interroger le témoin au moment où il a fait la déclaration antérieure est d'une importance cruciale à la condition que l'accusé soit assuré de pouvoir le contre-interroger sans réserve et efficacement au procès. On ne pourrait guère espérer que le contre-interrogatoire le plus fructueux, au moment précis de la déclaration, puisse accomplir plus

inconsistent story, and—in this case—one that is favorable to the defendant.

Furthermore, unlike the oath and presence, it is the hearsay danger which is impossible to address outside of judicial or quasi-judicial processes. Whereas the police can easily administer a warning and oath, and videotape a statement in the course of a witness interview, it would restrict the operation of a reformed rule to judicial or quasi-judicial proceedings, and thereby severely restrict the impact of a reformed rule. Consider the facts of the present case: when the three witnesses were interviewed by the police, no one had yet been charged with an offence. Who could have cross-examined the witnesses at that point? How could cross-examination have been effective before the case to be met was known? These and other practical difficulties in requiring contemporaneous cross-examination tip the balance in favour of allowing cross-examination at trial to serve as a substitute. Again, we must remember that the question is not whether it would have been preferable to have had the benefit of contemporaneous cross-examination, but whether the absence of such cross-examination is a sufficient reason to keep the statement from the jury as substantive evidence. Given the other guarantees of trustworthiness, I do not think that it should be allowed to be a barrier to substantive admissibility. Of course, it will be an important consideration for the trier of fact in deciding what weight to attach to the prior inconsistent statement, and it is likely that opposing counsel will stress the absence of such cross-examination to the trier of fact.

Therefore, the requirement of reliability will be satisfied when the circumstances in which the prior statement was made provide sufficient guarantees of its trustworthiness with respect to the two hearsay dangers a reformed rule can realistically address: if (i) the statement is made under oath or solemn affirmation following a warning as to the

que ce qui a déjà été accompli du fait que le témoin donne maintenant une version différente, incompatible, et—en l'occurrence—favorable à l'accusé.

a Par surcroît, contrairement au serment et à la présence à l'audience, c'est le danger du oui-dire auquel il est impossible d'obvier hors du cadre judiciaire ou quasi judiciaire. Tandis que la police peut facilement faire une mise en garde et faire *b* prêter serment et enregistrer sur bande vidéo la déclaration du témoin qui répond à des questions, exiger le contre-interrogatoire au moment précis de la déclaration limiterait l'application d'une règle réformée aux procédures judiciaires ou quasi judiciaires et restreindrait ainsi sévèrement l'effet de *c* cette règle. Prenons les faits de l'espèce: quand les policiers ont interrogé les trois témoins, personne n'avait encore été inculpé. Qui aurait pu contre-interroger les témoins à ce moment-là? Comment *d* auraient-ils pu être contre-interrogés efficacement, puisque la preuve dont disposait le ministère public était inconnue? Ces difficultés et d'autres, d'ordre pratique, que pose l'exigence du contre-interrogatoire au moment précis de la déclaration, *e* font pencher la balance en faveur de l'acceptation du contre-interrogatoire au procès comme substitut. Une fois de plus, il ne faut pas oublier qu'il ne s'agit pas de décider s'il aurait mieux valu bénéficier du contre-interrogatoire au moment précis de la déclaration, mais si l'absence d'un tel contre-interrogatoire constitue une raison suffisante pour ne pas présenter la déclaration au jury comme *f* preuve de fond. Vu les autres garanties de véracité, je ne pense pas qu'il faille tenir cette absence pour un obstacle à l'admissibilité quant au fond. Bien sûr, c'est un élément important dont le juge des faits devra tenir compte dans son évaluation du *g* poids à accorder à la déclaration antérieure incompatible, et l'avocat de la partie adverse fera vraisemblablement valoir au juge des faits qu'il n'y a *h* pas eu de contre-interrogatoire.

i Par conséquent, on aura satisfait à l'exigence de fiabilité si les circonstances dans lesquelles la déclaration antérieure a été faite fournissent des garanties suffisantes de son exactitude relativement aux deux dangers du oui-dire auxquels une règle réformée peut obvier de façon réaliste: (i) si la déclaration est faite sous serment ou affirmation

existence of sanctions and the significance of the oath or affirmation, (ii) the statement is videotaped in its entirety, and (iii) the opposing party, whether the Crown or the defence, has a full opportunity to cross-examine the witness respecting the statement, there will be sufficient circumstantial guarantees of reliability to allow the jury to make substantive use of the statement. Alternatively, other circumstantial guarantees of reliability may suffice to render such statements substantively admissible, provided that the judge is satisfied that the circumstances provide adequate assurances of reliability in place of those which the hearsay rule traditionally requires.

(2) Necessity

Prior inconsistent statements present vexing problems for the necessity criterion. The necessity criterion has usually been satisfied by the unavailable witness: in *Khan*, the child declarant who could not be sworn, and in *Smith*, the dead declarant. By definition, the declarant in the case of prior inconsistent statements is available at trial; it is his or her prior statement that is unavailable because of the recantation.

However, it is important to remember that the necessity criterion “must be given a flexible definition, capable of encompassing diverse situations” (*Smith*, at pp. 933-34). Wigmore, vol. 5 (Chadbourn rev. 1974), § 1421, at p. 253, referred to two classes of necessity:

(1) The person whose assertion is offered may now be dead, or out of the jurisdiction, or insane, or otherwise unavailable for the purpose of testing. This is the commoner and more palpable reason. . . .

(2) The assertion may be such that we cannot expect, again, or at this time, to get evidence of the same value from the same or other sources. . . . The necessity is not so great; perhaps hardly a necessity, only an expediency

solennelle après une mise en garde quant à l'existence de sanctions et à l'importance du serment ou de l'affirmation solennelle, (ii) si elle est enregistrée intégralement sur bande vidéo, et (iii) si la partie adverse—accusation ou défense—a la possibilité voulue de contre-interroger le témoin au sujet de la déclaration, il existera des garanties circonstanciennes de fiabilité suffisantes pour qu'elle soit soumise au jury à titre de preuve de fond. Subsidièrement, il se peut que d'autres garanties circonstanciennes de fiabilité suffisent à rendre une telle déclaration admissible quant au fond, à la condition que le juge soit convaincu que les circonstances offrent des garanties suffisantes de fiabilité qui se substituent à celles que la règle du oui-dire exige habituellement.

(2) La nécessité

Les déclarations antérieures incompatibles posent des problèmes embarrassants par rapport au critère de la nécessité. D'ordinaire, la nécessité est établie par l'absence du témoin: dans l'arrêt *Khan*, l'auteur est un enfant qui ne peut prêter serment, et dans l'arrêt *Smith*, l'auteur est décédé. Par définition, dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, l'auteur de la déclaration assiste au procès; c'est sa déclaration antérieure qui manque parce qu'il s'est rétracté.

Toutefois, il importe de se souvenir qu'il faut «donner au critère de la nécessité une définition souple, susceptible d'englober différentes situations» (arrêt *Smith*, aux pp. 933 et 934). Wigmore, vol. 5 (Chadbourn rev. 1974), § 1421, à la p. 253, fait mention de deux catégories de nécessité:

(1) Il se peut que l'auteur de la déclaration présentée soit maintenant décédé, hors du ressort, aliéné ou, pour quelque autre motif, non disponible aux fins de la vérification. C'est la raison la plus courante et la plus évidente. . . .

(2) La déclaration peut être telle qu'on ne peut pas, de nouveau ou à ce moment-ci, obtenir des mêmes sources ou d'autres sources une preuve de même valeur. [. . .] La nécessité n'est pas aussi grande; il s'agit peut-être à

[TRADUCTION]

or convenience, can be predicated. But the principle is the same. [Emphasis in original.]

As an example of the second type of necessity, many established hearsay exceptions do not rely on the unavailability of the witness. Some examples include admissions, present sense impressions and business records. This is because there are very high circumstantial guarantees of reliability attached to such statements, offsetting that fact that only expediency or convenience militate in favour of admitting the evidence.

Indeed, in shaping the law of hearsay in Canada, this Court has not treated necessity in the sense of unavailability as the *sine qua non* of admissibility. In *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608, for example, nurses' records were admitted as evidence at a medical negligence trial. The nurses, though present in court through the trial, were not called as witnesses. The Alberta Court of Appeal ordered a new trial, on the basis that Wigmore's necessity ground for the admission of hearsay was not satisfied since the nurses were available to testify. This Court allowed an appeal from this decision, holding at p. 626 that:

Hospital records, including nurses' notes, made contemporaneously by someone having a personal knowledge of the matters then being recorded and under a duty to make the entry or record should be received in evidence as *prima facie* proof of the facts stated therein.

The Court made no reference to the present availability of the nurses as it related to the admissibility of the hearsay evidence, except to note their presence in court meant that the defendant could have challenged the accuracy of the notes if he had so wished. Similarly, the maker of the prior inconsistent statement is present in court as a witness to be examined and cross-examined as to the accuracy of the recording of the statement. *Ares v. Venner* stands as an example of a judicially-created hear-

peine d'une nécessité; on peut supposer qu'il s'agit d'une simple commodité. Mais le principe demeure le même. [En italique dans l'original.]

Nombre d'exceptions établies à l'exclusion du ouï-dire ne reposent pas sur la non-disponibilité du témoin et peuvent être citées comme exemples du deuxième type de nécessité. Parmi ces exemples, notons les aveux, les impressions du moment et les dossiers d'entreprise. C'est que de très fortes garanties circonstanciées de fiabilité se rattachent à de telles déclarations, ce qui compense le fait que seule la commodité milite en faveur de l'admission de la preuve.

En effet, en façonnant le droit en matière de ouï-dire au Canada, notre Cour a jugé que la nécessité, dans le sens de la non-disponibilité, n'était pas une condition *sine qua non* de l'admissibilité. Dans l'arrêt *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608, par exemple, les notes des infirmières ont été admises en preuve dans un procès pour négligence médicale. Bien qu'elles aient été présentes dans la salle d'audience, les infirmières n'ont pas été appelées à témoigner. La Cour d'appel de l'Alberta a ordonné la tenue d'un nouveau procès parce que le motif de la nécessité, énoncé par Wigmore, pour que la preuve par ouï-dire soit admissible n'avait pas été établi, puisque les infirmières étaient présentes et pouvaient témoigner. Notre Cour a fait droit au pourvoi formé contre cet arrêt, concluant, à la p. 626:

Les dossiers d'hôpitaux, y compris les notes des infirmières, rédigés au jour le jour par quelqu'un qui a une connaissance personnelle des faits et dont le travail consiste à faire les écritures ou rédiger les dossiers, doivent être reçus en preuve, comme preuve *prima facie* des faits qu'ils relatent.

La Cour n'a pas fait mention de la disponibilité des infirmières, par rapport à l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, sauf pour noter que leur présence dans la salle d'audience signifiait que le défendeur aurait pu contester l'exactitude des notes, s'il avait voulu le faire. De la même façon, l'auteur de la déclaration antérieure incompatible est présent dans la salle d'audience et peut être interrogé et contre-interrogé comme témoin sur l'exactitude de l'enregistrement de la déclaration.

say exception which did not require unavailability. While the decisions in *Khan* and *Smith* established that Canadian courts will no longer carve out categorical “exceptions”, the new approach shares the same principled basis as the existing exceptions. ^a

L’arrêt *Ares c. Venner* fournit un exemple d’une exception à l’exclusion du oui-dire élaborée par les tribunaux, qui n’exigeait pas de non-disponibilité. Certes, les arrêts *Khan* et *Smith* ont établi que les tribunaux canadiens n’établiront plus de catégories d’«exceptions», mais la nouvelle analyse repose sur les mêmes principes que les exceptions existantes.

^b

I note also that some lower courts interpreting this Court’s decision in *Khan* have also given the necessity criterion a flexible definition. In *Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641, the Ontario Court of Appeal returned to the incident which led to this Court’s decision in *R. v. Khan*. The disciplinary hearing took place some four years after the initial incident, at which time the child complainant was old enough to testify. However, the committee also heard evidence from the complainant’s mother and other persons to whom the complainant had described the assault. The Ontario Court of Appeal held that this was not an error, since the interval between the time of the assault and the time of the disciplinary hearing meant that the complainant’s ability to recall and recount the assault had deteriorated, compared to her statements immediately after the incident. Thus, the court held that the testimony of certain of the witnesses to whom the complainant described the assault was admissible under the *Khan* test, since it was “reasonably necessary” in the circumstances, and (at p. 655) “[a] rule which would automatically exclude the out-of-court statement where the child testifies is inconsistent with *Ares v. Venner*, *supra*, the authority relied on in *Khan*.” ^c

Je remarque en outre que certains tribunaux d’instance inférieure qui ont interprété l’arrêt *Khan* de notre Cour ont aussi donné une définition souple au critère de la nécessité. Dans l’arrêt *Khan c. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641, la Cour d’appel de l’Ontario s’est penchée à nouveau sur l’incident qui a amené l’arrêt de notre Cour *R. c. Khan*. L’audience disciplinaire a eu lieu environ quatre ans après l’incident et l’enfant qui était la plaignante était alors habile à témoigner. Toutefois, le comité a entendu aussi le témoignage de la mère et d’autres personnes à qui la plaignante avait relaté l’agression. La Cour d’appel de l’Ontario a jugé qu’il ne s’agissait pas d’une erreur parce que le laps de temps écoulé entre l’agression et l’audience disciplinaire avait diminué la capacité de la plaignante de se rappeler et de relater l’agression, par rapport à ses déclarations immédiatement après l’incident. La cour a donc conclu que le témoignage de certains des témoins à qui la plaignante avait décrit l’agression était admissible selon le critère établi dans l’arrêt *Khan* car il était [TRADUCTION]«raisonnablement nécessaire» dans les circonstances, et (à la p. 655) «[u]ne règle qui excluait automatiquement la déclaration extrajudiciaire de l’enfant qui dépose serait incompatible avec l’arrêt *Ares c. Venner*, précité, le précédent qui est cité dans l’arrêt *Khan*». ^d

The precise limits of the necessity criterion remain to be established in the context of specific cases. It may be that in some circumstances, the availability of the witness will mean that hearsay evidence of that witness’s prior consistent (the kind of statement at issue in *Khan*) statements will not be admissible. However, I am not prepared, at this point, to adhere to a strict interpretation that ^e

Les limites précises du critère de la nécessité restent à établir dans le contexte de cas particuliers. Parfois, la disponibilité du témoin pourra signifier que la preuve par oui-dire de déclarations antérieures compatibles de ce témoin (le genre de déclaration en cause dans l’arrêt *Khan*) ne sera pas admissible. Toutefois, je ne suis pas disposé, à ce moment-ci, à souscrire à une interprétation stricte ^f

makes unavailability an indispensable condition of necessity.

In the case of prior inconsistent statements, it is patent that we cannot expect to get evidence of the same value from the recanting witness or other sources: as counsel for the appellant claimed, the recanting witness holds the prior statement, and thus the relevant evidence, “hostage”. The different “value” of the evidence is found in the fact that something has radically changed between the time when the statement was made and the trial and, assuming that there is a sufficient degree of reliability established under the first criterion, the trier of fact should be allowed to weigh both statements in light of the witness’s explanation of the change.

B. *The Voir Dire*

Pursuant to the circumstantial guarantees of reliability described above, prior statements may be used as substantive evidence of their contents by the jury. The two-stage process by which this may be done must now be described. 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 intention in tendering the statement. If the party indicates that it wishes to use the statement only to impeach the credibility of the witness, that is the end of the matter as regards the reformed rule: the trial proceeds as it did under the orthodox rule, with the judge instructing the jury accordingly. If, however, the party gives notice that it will seek to make substantive use of the statement, the trial judge must continue the *voir dire* to satisfy him or herself on the appropriate measure (which I will discuss below) that these indicia of reliability, or acceptable substitutes, are present: the oath, affirmation, or solemn declaration will be proved, the person who administered the oath, affirmation, or solemn declaration will testify that he or she also administered the warning (or perhaps this could be incorporated into the oath, affirmation, or solemn declaration), and the videotape will be tendered into evidence, its authenticity sworn to, and, if the trial

qui fait de la non-disponibilité une condition indispensable de la nécessité.

Dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, il est évident que nous ne pouvons nous attendre à ce qu’une preuve de même valeur soit obtenue du témoin qui se rétracte ou d’autres sources: comme l’a soutenu l’avocat de l’appelante, le témoin qui se rétracte retient en «gage» la déclaration antérieure, et donc la preuve pertinente. La «valeur» différente de la preuve réside dans le fait que quelque chose a changé radicalement entre le moment où la déclaration a été faite et le procès et, à supposer qu’un degré suffisant de fiabilité ait été établi selon le premier critère, le juge des faits devrait être autorisé à soupeser les deux déclarations en tenant compte de l’explication de ce changement donnée par le témoin.

B. *Le voir-dire*

Suivant les garanties circonstanciées de fiabilité décrites plus haut, les déclarations antérieures peuvent être soumises au jury à titre de preuve de fond de leur contenu. Il y a lieu maintenant de décrire le processus en deux étapes par lequel cela peut être accompli. 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, la partie doit alors déclarer dans quelle intention elle produit la déclaration. Si la partie indique qu’elle veut utiliser la déclaration seulement pour attaquer la crédibilité du témoin, tout est dit, en ce qui concerne la règle réformée: le procès suit son cours conformément à la règle orthodoxe et le juge donne des instructions au jury en conséquence. Si, toutefois, la partie fait part de son intention de faire admettre la déclaration comme preuve de fond, le juge du procès doit poursuivre le *voir-dire* afin de s’assurer, dans la mesure appropriée (que j’examinerai plus loin), que les indices de fiabilité qui suivent, ou des substituts acceptables, sont présents: le serment ou l’affirmation ou la déclaration solennelles seront prouvés, la personne qui a fait prêter serment ou reçu l’affirmation ou la déclaration solennelles témoignera qu’elle a aussi fait la mise en garde (ou peut-être celle-ci peut être incorporée dans le ser-

judge wishes, screened to ensure its veracity and integrity.

With respect to the burden of proof in the *voir dire*, ordinarily the trial judge should be satisfied that these indicia of reliability are established on the balance of probabilities, the normal burden resting upon a party seeking to admit evidence. This is no more than a corollary of the requirement that the prior statements must relate evidence which would have been admissible as the witness's sole testimony had he or she not recanted.

A different situation might exist where the prior statement reports an admission made by the accused. If the statement is not made to a person in authority no special burden is required, since the ordinary burden for the admission of evidence would have applied to the witness's testimony at trial had he or she not recanted. However, if the prior statement reports an admission of the accused made to a person in authority, the higher burden associated with the law relating to confessions may well apply. Such incidents will be rare, since persons in authority who receive statements in the course of their duties from accused persons will not often recant. Additionally, if an agent of the state elicits a statement from a detained accused, the case law developed under the *Charter* in this respect would have to be considered with respect to the burden during the *voir dire*.

As neither of these issues arise in this case (since the recanting witnesses were clearly neither persons in authority in relation to the accused, nor were they agents of the state when the accused made his admissions to them, nor was the accused detained), I would leave those rare and theoretical situations to be addressed when and if they arise.

ment ou dans l'affirmation ou la déclaration solennelles), et la bande vidéo sera versée en preuve, son authenticité sera attestée sous serment et, si le juge du procès l'estime à propos, elle sera visionnée afin que sa véracité et son intégralité puissent être vérifiées.

Quant au fardeau de la preuve applicable en matière de voir-dire, en général le juge du procès devrait être convaincu que ces indices de fiabilité sont établis selon la prépondérance des probabilités, le fardeau habituel incombant à la partie qui cherche à faire admettre une preuve. Il s'agit là d'un simple corollaire à la nécessité que les déclarations antérieures fassent état d'une preuve qui aurait été admissible comme seule déposition du témoin si ce dernier ne s'était pas rétracté.

Il pourrait en être autrement lorsque la déclaration antérieure rapporte un aveu de l'accusé. La déclaration faite à une personne qui n'est pas en situation d'autorité ne nécessite aucun fardeau particulier puisque le fardeau habituel en matière d'admission de la preuve aurait été appliqué à la déposition du témoin au procès si ce dernier ne s'était pas rétracté. Toutefois, si la déclaration antérieure rapporte un aveu de l'accusé à une personne en situation d'autorité, il est bien possible que la norme supérieure associée au droit relatif aux confessions s'applique. De tels cas seront rares puisque les personnes en situation d'autorité qui, dans le cadre de leurs fonctions, recueillent des déclarations faites par des accusés se rétractent rarement. En outre, si un représentant de l'État obtient une déclaration d'un accusé alors que celui-ci est détenu, il y aurait lieu de tenir compte de la jurisprudence élaborée dans le cadre de la *Charte* à cet égard quant à la norme applicable au cours du voir-dire.

Puisqu'aucune de ces questions n'est soulevée en l'espèce (les témoins qui se sont rétractés n'étant manifestement ni des personnes en situation d'autorité aux yeux de l'accusé, ni des représentants de l'État au moment où ce dernier leur a fait des aveux, et l'accusé n'étant pas détenu), je laisserais la résolution de ces situations exceptionnelles et théoriques en suspens jusqu'à ce qu'elles se produisent.

However, I would incorporate another aspect of the rule relating to confessions in the *voir dire*. Even where there has been a warning and oath administered, and the statement videotaped, or sufficient substitutes established, the trial judge will still have the discretion to refuse to allow the jury to make substantive use of the statement. Prior statements share many characteristics with confessions, especially where police investigators are involved. Proponents of the orthodox rule voice the concern that malign influences on the witness by police may precede the making of the statement and shape its content, in the same way that confessions may be suspect if coerced by police investigators. That is, it still may be the case that the oath and videotape, and the acknowledgement of the warning, were made under circumstances that make them suspect. For this reason, the test developed by this Court for the admission of confessions is well-suited to making a threshold determination of whether the circumstances under which the statement was made undermine the veracity of the indicia of reliability.

The classic statement of the first part of the confession rule appears in *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.), at p. 609:

It has long been established as a positive rule of English criminal law, that no statement by an accused is admissible in evidence against him unless it is shown by the prosecution to have been a voluntary statement, in the sense that it has not been obtained from him either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority.

Ibrahim was first adopted by this Court in *Prosko v. The King* (1922), 63 S.C.R. 226, and was extended in decisions such as *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376, in which Beetz J. wrote (at pp. 424-25):

Furthermore, the principle which inspires the rule remains a positive one; it is the principle of voluntariness. The principle always governs and may justify an

Toutefois, j'introduirais dans le voir-dire un élément supplémentaire de la règle régissant les confessions. Même s'il y a eu mise en garde et serment, et enregistrement de la déclaration sur bande vidéo, ou preuve de substituts suffisants, le juge du procès a toujours le pouvoir discrétionnaire de refuser que la déclaration soit soumise au jury comme preuve de fond. Les déclarations antérieures et les confessions présentent de nombreuses caractéristiques communes, en particulier lorsque l'enquête est menée par des policiers. Les défenseurs de la règle orthodoxe s'inquiètent de ce que des influences pernicieuses de la police puissent précéder la déclaration et en déterminer le contenu, de la même manière que des confessions peuvent être suspectes si les enquêteurs les ont obtenues par la coercition. C'est-à-dire qu'il est encore possible que le serment et l'enregistrement sur bande vidéo, ainsi que la reconnaissance de la mise en garde, aient été faits dans des circonstances qui les rendent suspects. Pour cette raison, le critère élaboré par notre Cour à l'égard de l'admission des confessions convient bien lorsqu'il s'agit de déterminer, préalablement, si les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite battent en brèche la véracité des indices de fiabilité.

L'énoncé classique de la première partie de la règle relative aux confessions se trouve dans l'arrêt *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.), à la p. 609:

[TRADUCTION] C'est une règle formelle du droit criminel anglais depuis longtemps établie qu'aucune déclaration d'un accusé n'est recevable contre lui à titre de preuve, à moins que l'accusation ne prouve qu'il s'agit d'une déclaration volontaire, c'est-à-dire qui n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne en situation d'autorité.

L'arrêt *Ibrahim* a d'abord été adopté par notre Cour dans l'arrêt *Prosko c. The King* (1922), 63 R.C.S. 226 et sa portée a été élargie dans des arrêts tels que l'arrêt *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376, dans lequel le juge Beetz écrit (aux pp. 424 et 425):

En outre, le principe qui a inspiré la règle est positif; c'est le principe du caractère volontaire. Ce principe vaut dans tous les cas et peut justifier l'extension de la

extension of the rule to situations where involuntariness has been caused otherwise than by promises, threats, hope or fear, if it is felt that other causes are as coercive as promises or threats, hope or fear and serious enough to bring the principle into play.

I would apply this test to prior statements. The trial judge must satisfy him or herself (again, in the majority of cases on the balance of probabilities) on the *voir dire* that the statement was not the product of coercion of any form, whether it involves threats, promises, excessively leading questions by the investigator or other person in a position of authority, or other forms of investigatory misconduct.

I would add another element to the trial judge's inquiry to address situations where the first factor might be satisfied, but there are other aspects of police conduct which militate against rewarding that conduct by admitting the evidence. In *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 696, I wrote that even if the *Ibrahim* test was satisfied to make a confession admissible, such a confession "shall nevertheless be excluded if its use in the proceedings would, as a result of what was said or done by any person in authority in eliciting the statement, bring the administration of justice into disrepute".

It must be stressed that the trial judge is not making a determination on the *voir dire* as to the ultimate reliability and credibility of the statement. As I have indicated, that is a matter for the trier of fact. The trial judge need not be satisfied that the prior statement was true and should be believed in preference to the witness's current testimony. This distinction is also derived from the law relating to confessions. In *Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R. 23, at pp. 25-26, Cartwright C.J. noted that:

The main reason assigned for the rule that an involuntary confession is to be excluded is the danger that it may be untrue but, as has been recently reasserted by

règle aux cas où l'extorsion d'une déclaration a une autre cause que les promesses, les menaces, l'espoir ou la crainte, si l'on estime que d'autres causes ont un effet aussi coercitif que les promesses ou les menaces, l'espoir ou la crainte et sont assez graves pour faire jouer le principe.

J'appliquerais ce critère aux déclarations antérieures. Le juge du procès doit s'assurer par le *voir-dire* (une fois de plus, selon la prépondérance des probabilités dans la majorité des cas) que la déclaration n'est pas le produit de la coercition sous quelque forme que ce soit, savoir menaces, promesses, questions trop tendancieuses de l'enquêteur ou d'une autre personne en situation d'autorité, ou d'autres formes de manœuvre frauduleuse des enquêteurs.

J'ajouterais un autre élément à l'examen que doit faire le juge du procès afin de tenir compte des cas où le premier facteur pourrait être présent, mais où d'autres aspects de la conduite des policiers militeraient contre l'admission de la preuve, qui aurait pour effet de récompenser cette conduite. Dans l'arrêt *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 696, j'écris que, même si l'on a satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *Ibrahim* de façon qu'une confession soit admissible, celle-ci «doit néanmoins être exclue si, par suite de ce qu'aurait pu dire ou faire une personne en situation d'autorité dans le but d'obtenir la déclaration, l'utilisation qu'on en ferait dans l'instance ternirait l'image de la justice».

Il faut bien préciser que le juge du procès, par le *voir-dire*, ne détermine pas de façon définitive la fiabilité et la crédibilité de la déclaration. Je le répète, c'est au juge des faits qu'appartient cette décision. Il n'est pas nécessaire que le juge du procès soit convaincu que la déclaration antérieure était vraie et qu'il faut y ajouter foi de préférence au présent témoignage du témoin. Cette distinction provient aussi des règles régissant les confessions. Dans l'arrêt *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23, aux pp. 25 et 26, le juge en chef Cartwright fait observer:

C'est surtout parce qu'elle risque d'être fausse que la confession extorquée doit être écartée, mais comme cette Cour l'a réaffirmé récemment dans *DeClercq c. La*

this Court in *DeClercq v. The Queen* [[1968] S.C.R. 902], the answer to the question whether such a confession should be admitted depends on whether or not it was voluntary not on whether or not it was true.

Similarly, in *Rothman*, I wrote, at p. 691, that

a statement before being left to the trier of fact for consideration of its probative value should be the object of a *voir dire* in order to determine, not whether the statement is or is not reliable, but whether the authorities have done or said anything that could have induced the accused to make a statement which was or might be untrue. It is of the utmost importance to keep in mind that the inquiry is not concerned with reliability but with the authorities' conduct as regards reliability.

Thus, to summarize the discussion of the *voir dire*: in the part of the *voir dire* addressing the new rule, the trial judge must first satisfy him or herself that the indicia of reliability necessary to admit hearsay evidence of prior statements—a warning, oath, solemn affirmation, or solemn declaration, and videotape record, or sufficient substitutes—are present and genuine. If they are, he or she must then examine the circumstances under which the statement was obtained, to satisfy him or herself that the statement supported by the indicia of reliability was made voluntarily if to a person in authority, and that there are no other factors which would tend to bring the administration of justice into disrepute if the statement was admitted as substantive evidence. In most cases, as in this case, the party seeking to admit the prior inconsistent statements as substantive evidence will have to establish that these requirements have been satisfied on the balance of probabilities. The trial judge is not to decide whether the prior inconsistent statement is true, or more reliable than the present testimony, as that is a matter for the trier of fact. Once this process is complete, and all of its constituent elements satisfied, the trial judge need not issue the standard limiting instruction to the jury, but may instead tell the jury that they may take the statement as substantive evidence of its contents, or, if he or she is sitting alone, make substantive use of the statement, giving the evidence the appropriate weight after taking into account all of the circum-

Reine [[1968] R.C.S. 902], c'est la nature volontaire d'une confession et non sa véracité qui en détermine la recevabilité.

a

De même dans l'arrêt *Rothman*, j'écris à la p. 691:

... avant de permettre au juge des faits d'en examiner la valeur probante, une déclaration doit être soumise au voir dire en vue d'établir non pas si la déclaration est digne de foi, mais si les autorités ont fait ou dit une chose qui ait pu amener l'accusé à faire une déclaration qui soit ou qui puisse être fausse. Il importe au plus haut point de se rappeler que l'enquête ne porte pas sur la fiabilité mais sur la conduite des autorités relativement à la fiabilité.

d

Je résumerai ainsi le déroulement du voir-dire: dans la partie qui porte sur la nouvelle règle, le juge du procès doit d'abord s'assurer que les indices de fiabilité nécessaires pour l'admission de la preuve par ouï-dire des déclarations antérieures—mise en garde, serment, affirmation ou déclaration solennelles, et enregistrement sur bande vidéo, ou substituts suffisants—sont présents et authentiques. Dans l'affirmative, il doit alors examiner les circonstances dans lesquelles la déclaration a été obtenue, s'assurer que, si la déclaration étayée par les indices de fiabilité a été faite à une personne en situation d'autorité, elle a été faite volontairement et qu'aucun autre facteur ne serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice si la déclaration était admise comme preuve de fond. Dans la plupart des cas, comme en l'espèce, la partie qui cherche à faire admettre les déclarations antérieures incompatibles comme preuve de fond devra établir, selon la prépondérance des probabilités, que ces conditions ont été remplies. Le juge du procès ne doit pas décider si la déclaration antérieure incompatible est vraie, ni si elle est plus digne de foi que le témoignage actuel, car cette décision revient au juge des faits. Une fois ce processus terminé et que tous ses éléments constitutifs ont été vérifiés, il n'est pas nécessaire que le juge du procès donne au jury la directive restrictive habituelle, mais il peut au lieu de cela dire aux jurés qu'ils peuvent considérer la déclaration comme une preuve de fond de son con-

stances. In either case, the judge must direct the trier of fact to consider carefully these circumstances in assessing the credibility of the prior inconsistent statement relative to the witness's testimony at trial. For example, where appropriate the trial judge might make specific reference to the significance of the demeanour of the witness at all relevant times (which could include when making the statement, when recanting at trial, and/or when presenting conflicting testimony at trial), the reasons offered by the witness for his or her recantation, any motivation and/or opportunity the witness had to fabricate his or her evidence when making the previous statement or when testifying at trial, the events leading up to the making of the first statement and the nature of the interview at which the statement was made (including the use of leading questions, and the existence of pre-statement interviews or coaching), corroboration of the facts in the statement by other evidence, and the extent to which the nature of the witness's recantation limits the effectiveness of cross-examination on the previous statement. There may be other factors the trier of fact should consider, and the trial judge should impress upon the trier of fact the importance of carefully assessing all such matters in determining the weight to be afforded prior inconsistent statements as substantive evidence.

Where the prior statement does not have the necessary circumstantial guarantees of reliability, and so cannot pass the threshold test on the *voir dire*, but the party tendering the prior statement otherwise satisfies the requirements of s. 9(1) or (2) of the *Canada Evidence Act*, the statement may still be tendered into evidence, but the trial judge must instruct the jury in the terms of the orthodox rule.

tenu ou, s'il siège seul, la tenir lui-même pour une preuve au fond, en lui accordant le poids approprié après avoir pris en considération l'ensemble des circonstances. Dans les deux cas, le juge doit donner comme directive au juge des faits d'examiner soigneusement ces circonstances lorsqu'il évalue la crédibilité de la déclaration antérieure incompatible par rapport à la déposition du témoin au procès. Ainsi, lorsqu'il est opportun de le faire, le juge du procès pourrait mentionner spécifiquement l'importance du comportement du témoin à tous les moments pertinents (notamment au moment où le témoin a fait la déclaration, s'est rétracté au procès, ou y a donné un témoignage contradictoire), les explications fournies par le témoin sur la rétractation, tout ce qui a pu le motiver à fabriquer sa version au moment où il a fait la déclaration antérieure ou lorsqu'il a témoigné au procès, ou les occasions qu'il a eues de le faire, les événements précédant la première déclaration et la nature de l'interrogatoire au cours duquel la déclaration a été faite (y compris l'utilisation de questions suggestives, l'existence d'interrogatoires menés avant que la déclaration ait été faite ou la préparation du témoin par ceux qui mènent l'interrogatoire), la corroboration par une autre preuve des faits relatés dans la déclaration et la mesure dans laquelle la rétractation du témoin atténue l'efficacité d'un contre-interrogatoire sur la déclaration antérieure. Il peut y avoir d'autres facteurs que le juge des faits devrait considérer; il appartient au juge du procès de bien faire comprendre à ce dernier l'importance d'étudier soigneusement toutes ces circonstances lorsqu'il détermine le poids des déclarations antérieures incompatibles comme preuve de fond.

h

Si la déclaration antérieure n'offre pas les garanties circonstancielles de fiabilité nécessaires, et ne satisfait donc pas au critère préliminaire examiné durant le *voir-dire*, mais que la partie qui présente la déclaration antérieure remplit par ailleurs les exigences prévues aux par. 9(1) ou (2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, la déclaration peut tout de même être produite en preuve, mais le juge du procès doit donner des directives au jury en conformité avec la règle orthodoxe.

VI — Disposition of This Appeal

In this case, while the statements of the recanting witnesses were videotaped, and counsel for the respondent had a full opportunity to cross-examine the witnesses at trial, the statements were not made under oath, solemn affirmation or by a solemn declaration. However, it may well be that sufficient substitutes for the oath and warning as indicia of reliability exist in this case. As this would be an issue of central importance at any new trial ordered for the respondent, I will express no opinion as to whether the new test is satisfied in this case beyond saying that it is at least possible. A trial judge might, having heard the evidence respecting the circumstances under which these statements were made, be satisfied on the balance of probabilities that the statements are sufficiently reliable to be substantively admissible.

In this case, the trial judge (sitting without a jury) refused to even consider the admissibility of the statements, considering himself bound by the orthodox rule. With this decision, the rule respecting prior inconsistent statements has been reformed. Given the trial judge's expressed belief that the witnesses were lying at trial, it is possible that he might have found sufficient indicia of reliability to admit the statements as substantive evidence. I would therefore allow the appeal and order a new trial at which the reformed rule relating to prior inconsistent statements will, if necessary, be applied by the trial judge, who will decide whether sufficient indicia of reliability and necessity are present in this case, and instruct the trier of fact to afford the prior statements the appropriate weight in reaching a verdict.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Cory JJ. were delivered by

CORY J.—At issue on this appeal is the interpretation that should be given to the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 9. Until now the courts have interpreted this section to permit the use of

VI — Dispositif

En l'espèce, bien que les déclarations des témoins qui se sont rétractés aient été enregistrées sur bande vidéo et que l'avocat de l'intimé ait eu la possibilité voulue de contre-interroger les témoins au procès, les déclarations n'ont pas été faites sous serment ou affirmation ou déclaration solennelles. Toutefois, il est fort possible qu'en l'espèce il existe des substituts suffisants au serment et à la mise en garde à titre d'indice de fiabilité. Puisqu'il s'agirait là d'une question d'importance capitale si l'on ordonnait la tenue d'un nouveau procès de l'intimé, je me contenterai de remarquer qu'en l'espèce il est à tout le moins possible que le nouveau critère soit respecté. Un juge du procès pourrait, après avoir entendu la preuve relative aux circonstances entourant les déclarations, être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que les déclarations sont suffisamment fiables pour être admissibles quant au fond.

En l'espèce, le juge du procès (siégeant seul) a même refusé d'envisager l'admissibilité des déclarations, se considérant lié par la règle orthodoxe. Grâce à la présente décision, la règle régissant les déclarations antérieures incompatibles a été réformée. Le juge du procès s'étant dit convaincu que les témoins mentaient au procès, il est possible qu'il ait pu trouver des indices suffisants de fiabilité pour admettre les déclarations comme preuve de fond. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès au cours duquel le juge du procès appliquera, si nécessaire, la nouvelle règle régissant les déclarations antérieures incompatibles, décidera si, en l'espèce, il existe des indices suffisants de fiabilité et de nécessité, et donnera comme directive au juge des faits d'accorder aux déclarations antérieures le poids qu'il convient pour rendre un verdict.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Cory rendus par

LE JUGE CORY—Le présent pourvoi met en cause l'interprétation de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Jusqu'à aujourd'hui, les tribunaux ont jugé que cet article

prior contradictory statements solely for the purpose of attacking the credibility of the witness. In this case the prior statements of the witnesses were videotaped by the police during the course of their investigation of the death by stabbing of Joseph Wright. The videotaped statements of the witnesses implicated the respondent K.G.B. as the person responsible for the stabbing. At the respondent's trial for murder, the three witnesses recanted their earlier statements. The trial judge found that they were lying and that their earlier statements were true. However, he noted that he was bound by prior authority and was unable to accept the prior statements as evidence and therefore could not use them to establish the identity of the killer. The trial judge was proven to be correct in his assessment of the witnesses. Subsequently, they were charged with perjury as a result of their testimony at the trial and all three entered pleas of guilty to that charge.

I have read with interest the excellent reasons of the Chief Justice. I am in agreement with him that the rule against the substantive use of prior statements must be changed; that this Court is the appropriate institution to undertake the change; and that this change can be effected without infringing the *Charter* rights of an accused person. Further, I agree that a new trial must be ordered so that the substantive admissibility of the statements in this case can be considered. However, with respect, I differ from him with regard to the nature of the new rule.

The Chief Justice takes the position that as a general rule, in order to be admissible, a prior inconsistent statement must have been made under oath; the witness advised that he or she may be subject to some form of criminal prosecution (other than perjury) for falsehood; and the statement must be videotaped. Alternatively, he has determined that, exceptionally, substitutes for these requirements may be found. This involves an application of *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, which allow for hearsay to be admitted if its introduction is necessary and the evidence is reliable. With the greatest respect I find the first component of the rule

ne permettait l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles que pour attaquer la crédibilité du témoin. En l'espèce, les déclarations antérieures des témoins ont été enregistrées sur bande vidéo par la police qui enquêtait sur le décès de Joseph Wright, qui avait été poignardé. D'après ces déclarations, l'intimé K.G.B. aurait été l'agresseur. Au procès pour meurtre de ce dernier, les trois témoins ont rétracté leurs déclarations antérieures. Le juge du procès était d'avis qu'ils mentaient et qu'ils avaient dit la vérité dans leurs déclarations antérieures. Toutefois, il s'est dit lié par la jurisprudence et incapable d'accepter les déclarations antérieures comme preuve et, par conséquent, à les utiliser pour établir l'identité du meurtrier. Il s'est avéré que le juge du procès avait bien jugé les témoins. Subséquemment accusés de parjure en raison de leur témoignage au procès, ils ont tous trois plaidé coupables à cette accusation.

J'ai lu avec intérêt les excellents motifs du Juge en chef. Comme lui, je crois que la règle interdisant l'utilisation quant au fond des déclarations antérieures doit être revue et qu'il appartient à notre Cour d'entreprendre ce changement, lequel peut être réalisé sans qu'il soit porté atteinte aux droits garantis par la *Charte* aux accusés. Je conviens en outre qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour que puisse être examinée l'admissibilité quant au fond des déclarations en l'espèce. Toutefois, avec égards, je ne partage pas son opinion sur la nature de la nouvelle règle.

Le Juge en chef est d'avis qu'en règle générale une déclaration antérieure incompatible n'est admissible que si elle a été faite sous serment, si l'on a fait savoir au témoin qu'il s'expose à une certaine forme de poursuite criminelle (autre que pour parjure) pour mensonge, et si la déclaration a été enregistrée sur bande vidéo. Subsidièrement, il a conclu que d'autres conditions peuvent, exceptionnellement, venir se substituer à celles-là. Il s'agit alors d'appliquer les arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, qui autorisent l'admission du ouï-dire si cela s'impose et si la preuve est fiable. En toute déférence, j'estime trop restrictive le premier

requiring videotaping, a mandatory warning as to criminal liability for falsehood, and the administration of the oath to be too restrictive. Secondly, while I agree that *Khan* and *Smith* provide an alternative justification for changing the interpretation of s. 9 of the *Canada Evidence Act* set out in *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531, I do not think that their unmodified application to prior inconsistent statements would adequately protect the interests of the accused from the potential dangers that surround the introduction of statements made out of court.

I. Factual Background

In order to demonstrate the unfortunate result of the present rule, it is necessary for me to set out in some detail the factual background of this case. At 2:30 a.m. on Sunday, April 24, 1988, Joseph Wright and his brother Steven, got off a bus at the corner of Morningside and Sheppard Avenues in Scarborough, Ontario. A car containing four young men, pulled up beside them and words were exchanged. The people in the car got out and a fight ensued. Joseph Wright was slashed twice in the face and stabbed in the heart. This last wound caused his death. When Joseph Wright fell to the ground, the four young men got back into the car and drove away. The only issue at trial was which of the occupants of the car had stabbed Joseph Wright. The four occupants were the respondent K.G.B., P.L. then 16 years of age, P.M. 17 years of age and M.T. 16 years of age. Steven Wright testified that only one occupant of the car had a knife. That person was black. He saw him attacking his brother with a knife. He stated that, after stabbing his brother, this same person had attempted to stab him as well. The fact that Wright testified that the man he saw attacking his brother with the knife was black is of significance only because it eliminates as a suspect M.T., who is white.

élément de la règle exigeant l'enregistrement sur bande vidéo, la mise en garde obligatoire quant à la responsabilité criminelle pour mensonge et la prestation de serment. De plus, bien que je convienne que les arrêts *Khan* et *Smith* offrent une autre justification pour modifier l'interprétation de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui a été donnée dans l'arrêt *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531, je ne crois pas qu'en appliquant ces arrêts tels quels aux déclarations antérieures incompatibles on accorderait aux droits de l'accusé une protection adéquate contre les dangers éventuels que présente l'admission de déclarations extrajudiciaires.

I. Les faits

Pour démontrer le résultat regrettable de la règle actuelle, je me dois d'exposer de façon assez détaillée les faits de l'espèce. Le dimanche 24 avril 1988 à 2 h 30, Joseph Wright et son frère Steven descendent d'un autobus à l'intersection des avenues Morningside et Sheppard à Scarborough (Ontario). Une auto dans laquelle prenaient place quatre jeunes gens s'arrête près d'eux et des propos sont échangés. Les occupants du véhicule sortent et une bagarre se déclenche. Balafré au visage à deux reprises, Joseph Wright reçoit ensuite un coup de couteau au cœur. Cette dernière blessure lui est fatale. Lorsqu'il tombe, les quatre jeunes gens remontent dans l'automobile et s'enfuient. Au procès, l'unique question était de savoir qui, des occupants de la voiture, avait poignardé Joseph Wright. Les quatre occupants étaient l'intimé K.G.B., P.L., alors âgés de 16 ans, P.M., âgé de 17 ans et M.T., âgé de 16 ans. Steven Wright a témoigné qu'un seul occupant du véhicule était en possession d'un couteau, et qu'il était de race noire. Il l'a vu attaquer son frère avec un couteau. Après l'avoir poignardé, le même homme a tenté de s'en prendre également à lui. Le témoignage de Wright sur le fait que l'homme qu'il a vu attaquer son frère avec un couteau était de race noire n'est important qu'en ce qu'il élimine ainsi le suspect M.T., de race blanche.

There were differences between the description of the knife wielding attacker which Wright gave to the police following the incident and the description contained in his testimony at trial. As well his description differed from the manner in which P.L., P.M. and M.T. described the respondent. These differences related to the relative darkness of the attacker's complexion and the height and hair colour of K.G.B. For what it was worth, when he gave his evidence at the trial, Steven Wright identified the accused as the man who had stabbed his brother.

A. The Evidence of M.T. and the Circumstances of his Prior Statement

M.T. learned that the police wished to speak to him. Some two weeks after the incident, on May 9, 1988, he, in the company of his father, went to the police station. When they arrived the two investigating officers told them that while M.T. was not charged with any offence, that he could have a lawyer present during the interview. This offer was declined. At one point the interview was stopped in order to permit M.T.'s father who was present at all times to call and consult a lawyer. Counsel advised him that since his son was not under arrest, there was no need for legal assistance. The police asked M.T. whether he would like another relative present during the interview instead of his father. He replied that he did not. He was later allowed to consult in private with his father. The officers explained that they were investigating the death of Joseph Wright and that the statement was being videotaped. One of the officers asked M.T. on a number of occasions whether he was telling the truth. On every occasion he replied that he was.

During the course of the videotaped interview, M.T. stated that all four occupants were at the respondent's house the Sunday evening following the incident. The respondent, he said, then told him "I shouldn't a used the knife . . . I pulled it out just to scare him thinking he would run away". The witness then demonstrated to the officers the slashing motion that the respondent used while he spoke these words. On the Monday afternoon fol-

La description de l'agresseur qui a brandi le couteau, donnée par Wright à la police après l'incident, est différente de celle qu'il a donnée dans son témoignage au procès. En outre, sa description de l'intimé diffère de celle qu'ont donnée P.L., P.M. et M.T. Ces différences portent sur le teint plus ou moins foncé de l'agresseur, la grandeur de K.G.B. et la couleur de ses cheveux. Sans que cela soit d'une grande valeur, lorsqu'il a témoigné au procès, Steven Wright a identifié l'accusé comme étant l'homme qui avait poignardé son frère.

A. Le témoignage de M.T. et les circonstances entourant sa déclaration antérieure

M.T. a appris que la police souhaitait lui parler. Le 9 mai 1988, quelque deux semaines après l'incident, il s'est présenté au poste de police en compagnie de son père. À leur arrivée, ils ont été avisés par les deux agents menant l'enquête que, bien qu'il n'était accusé de rien, M.T. avait droit à l'assistance d'un avocat au cours de l'interrogatoire. L'offre a été déclinée. À un moment donné, l'interrogatoire a été interrompu afin de permettre au père de M.T., présent tout au long de l'interrogatoire, d'appeler un avocat pour le consulter. Ce dernier l'a avisé que, son fils n'étant pas en état d'arrestation, aucune assistance juridique n'était nécessaire. La police a demandé à M.T. s'il désirait la présence d'un autre parent au cours de l'interrogatoire plutôt que celle de son père. Il a répondu par la négative. Il a plus tard pu s'entretenir seul avec son père. Les agents ont expliqué qu'ils menaient une enquête sur le décès de Joseph Wright et que la déclaration était enregistrée sur bande vidéo. L'un des policiers a demandé à plusieurs reprises à M.T. s'il disait la vérité. Chaque fois, il a répondu par l'affirmative.

Au cours de l'interrogatoire enregistré sur bande vidéo, M.T. a déclaré que tous les quatre occupants se trouvaient chez l'intimé le dimanche soir suivant l'incident. L'intimé, a-t-il déclaré, lui a alors dit: [TRADUCTION] «Je n'aurais pas dû utiliser le couteau. . . Je ne l'ai sorti que pour l'effrayer croyant qu'il s'enfuirait». Le témoin a alors reproduit aux policiers le mouvement que l'intimé a fait lorsqu'il a prononcé ces paroles. Le lundi après-

lowing the killing, the four occupants of the car again met, this time in P.L.'s home. At this time, the respondent again said that he should not have used the knife. The respondent was also reported to have said that he threw the knife out. M.T. told the officers that the respondent was the only one of the four occupants of the car who had a knife.

At trial, the testimony of M.T. was radically different. He stated that while there was a conversation at the respondent's home after the stabbing, he could not hear what was being said by the respondent. He admitted to making the earlier videotaped statements to the police but said that he was lying at the time because he was "really scared". He testified that he was telling the truth in the witness box because he was under oath.

B. *Prior Statement and Evidence at Trial of P.M.*

The police came to P.M.'s home to speak to him. As a consequence of this visit he went to the police station on May 6, accompanied by his mother. He was told that he was not going to be charged with any offence at that time. He was advised that he could have a lawyer or any adult relative present during the course of the interview. He asked to have his mother with him during the interview and this request was, of course, granted. He was told that the interview would be videotaped. During the interview he told the officers that the respondent K.G.B. "usually carries a knife". He said that during the fight "he [K.G.B.] had the knife open a little bit". He stated that the respondent told him that "he had the knife open". At the end of the interview, both the police and his mother asked him whether he had told the whole truth and he replied that he had.

At trial, P.M. also changed his story. He testified that when he and M.T. and P.L. went to the respondent's house, the respondent told him that he had heard nothing about what had happened at Sheppard and Morningside, and the three then left. P.M. said that the statement that he had given to police earlier was "lies" to "get myself out of it".

midit suivant le meurtre, les quatre occupants de l'automobile se sont rencontrés à nouveau, cette fois chez P.L. L'intimé a alors réitéré qu'il n'aurait pas dû utiliser le couteau. Il aurait également dit l'avoir jeté. M.T. a déclaré aux policiers que, des occupants du véhicule, seul l'intimé était en possession d'un couteau.

Au procès, M.T. a donné un témoignage totalement différent. Il a déclaré qu'il y avait bien eu une conversation chez l'intimé après l'agression à coups de couteau, mais qu'il n'avait pu entendre les propos de l'intimé. Il a admis avoir fait à la police les déclarations antérieures enregistrées sur bande vidéo, ajoutant qu'il avait alors menti parce qu'il avait [TRADUCTION] «vraiment peur». Il a témoigné qu'à la barre des témoins il disait la vérité parce qu'il était sous serment.

B. *La déclaration antérieure de P.M. et son témoignage au procès*

La police s'est présentée chez P.M. dans le but de lui parler. Le 6 mai, en conséquence de cette visite, P.M. s'est rendu au poste de police en compagnie de sa mère. Les policiers lui ont dit qu'il n'était pas pour l'instant accusé de quoi que ce soit. Ils l'ont informé de son droit à la présence d'un avocat ou d'un parent adulte à l'interrogatoire. Il a demandé que sa mère soit présente, et sa demande a évidemment été accordée. Les policiers l'ont avisé que l'interrogatoire serait enregistré sur bande vidéo. Au cours de celui-ci, il a déclaré aux policiers que l'intimé K.G.B. [TRADUCTION] «porte habituellement un couteau». Selon lui, au cours de la bagarre, [TRADUCTION] «il [K.G.B.] tenait son couteau un peu ouvert». Il a également déclaré que l'intimé lui avait dit que [TRADUCTION] «son couteau était ouvert». À la fin de l'interrogatoire, les policiers et sa mère lui ont demandé s'il avait dit la vérité, ce à quoi il a répondu par l'affirmative.

Au procès, P.M. a lui aussi modifié son récit. Il a témoigné que, lorsque lui, M.T. et P.L. se sont rendus chez l'intimé, ce dernier lui a dit qu'il n'avait eu vent de rien à propos de ce qui s'était produit à l'intersection de Sheppard et Morningside; les trois visiteurs sont alors partis. P.M. a témoigné que sa déclaration faite à la police anté-

He too denied that he was lying to the court and said he was telling the truth because he was now under oath.

C. Prior Statement and the Evidence of P.L. at Trial

At the suggestion of his mother, P.L. went to the police station on May 6, 1988. He was accompanied by his brother, his mother and a lawyer who he had retained. His brother and the lawyer were with him throughout the interview. He was told that he would be given the opportunity to consult with the lawyer in private if he so wished. He was also told he was not obligated to say anything at all to the police. P.L.'s lawyer was of course permitted to intervene and did so on at least two occasions during the interview. In the videotaped interview he stated that K.G.B. had explained that the stabbing was a "fast reaction" on his part because the deceased had punched him in the eye.

At trial, P.L., like the other witnesses changed his testimony. He said that he had lied at the police station because he was "just scared" and wanted to get out of there. He thought he was telling the police what they wanted to hear. He said that he could not in fact hear what was being said in the conversation between P.M. and the respondent regarding events on the night of the killing.

II. The Courts Below

Youth Court

The findings of Judge MacDonnell at trial regarding the testimony of the three witnesses are significant. He found that the prior statements of the Crown witnesses' M.T., P.L. and P.M. independently identified the respondent as the person who possessed and wielded the knife at the time of the incident. He found that the respondent's comments to the witnesses after the incident amounted to an admission by K.G.B. that he had in fact stabbed the deceased. He concluded that the evidence of these witnesses given in court was "lies".

rieurement était un [TRADUCTION] «mensonge» visant à [TRADUCTION] «me disculper». Il a lui aussi déclaré qu'il ne mentait pas à la cour parce qu'il était alors sous serment.

C. La déclaration antérieure de P.L. et son témoignage au procès

Le 6 mai 1988, à la suggestion de sa mère, P.L. s'est rendu au poste de police. Il était accompagné de son frère, de sa mère et d'un avocat dont il avait retenu les services. Son frère et l'avocat étaient avec lui tout au long de l'interrogatoire. Les policiers l'ont avisé de la possibilité, s'il le désirait, de consulter l'avocat en privé. Ils lui ont également fait savoir qu'il n'était pas obligé de leur dire quoi que ce soit. L'avocat de P.L. a évidemment été autorisé à intervenir, ce qu'il a fait au moins à deux reprises. Au cours de son interrogatoire enregistré sur bande vidéo, P.L. a déclaré que K.G.B. lui avait expliqué que l'agression à coups de couteau était [TRADUCTION] «une riposte» de sa part, la victime lui ayant asséné un coup de poing sur l'œil.

Au procès, P.L., comme les autres témoins, a modifié son témoignage. Il a déclaré avoir menti au poste de police parce qu'il avait [TRADUCTION] «simplement peur» et voulait quitter le poste. Il croyait dire aux policiers ce qu'ils désiraient entendre. Il a déclaré qu'en fait il n'avait pu entendre la conversation tenue entre P.M. et l'intimé relativement aux événements survenus la nuit du meurtre.

II. Les juridictions inférieures

Le Tribunal pour adolescents

Les conclusions du juge MacDonnell au procès concernant le témoignage des trois témoins sont révélatrices. Il a conclu que, dans leurs déclarations antérieures, les témoins à charge M.T., P.L. et P.M. avaient respectivement identifié l'intimé comme la personne qui, au moment de l'incident, possédait le couteau et l'avait brandi. Selon le juge du procès, par ses commentaires aux témoins après l'incident, K.G.B. a avoué avoir effectivement poignardé la victime. Il a conclu que les dépositions de ces témoins au procès étaient des [TRADUCTION]

He went on to find that the unsworn out of court statements constituted the true version of events.

I have no doubt their recantations are false. That is, I have no doubt that on this point they were telling the police the truth as they knew it about what the accused said. [Emphasis added.]

He found that “it [was] simply unbelievable” that the version given to the police by these witnesses had been manufactured or that the three had collaborated before speaking to the officers. He concluded that the interviews conducted by the police were “completely above-board, proper, non-oppressive, non-coercive”. He observed that despite what “common sense might suggest” he was not at liberty to believe the version of the events given to the police in the prior statements. He noted that if the version of events given in the statements:

... did occur, there would be substantial evidence to confirm the identification evidence given earlier by Steven Wright, and the issue of the accused’s use of the knife might be resolved against him.

The trial judge viewed only short extracts of the police videotape in reaching these conclusions. It would of course be preferable for a trial judge to view the entire tape. However, there is no doubt that in this case the parties consented to the trial judge making his assessment based on those extracts of the videotape which were viewed and the complete transcript which he read. He found that the uncorroborated in court “dock” identification of K.G.B. by Steven Wright could not be the basis of a conviction. Since he could not consider the prior statements as evidence, he acquitted the respondent.

Court of Appeal (1991), 49 O.A.C. 30

The Court of Appeal upheld the acquittal and dismissed the Crown’s appeal. It decided that it was bound by the decisions of this Court which held that prior inconsistent statements could only be used to test the credibility of the witness.

«mensonges», et que c’était dans les déclarations extrajudiciaires faites sans qu’il y ait eu serment que se trouvait la vérité.

[TRADUCTION] Je suis certain que leur rétractation est fausse. C’est-à-dire que je suis certain que, sur ce point, ce qu’ils ont dit à la police au sujet de ce que l’accusé leur avait dit était vrai. [Je souligne.]

Il a conclu qu’ [TRADUCTION] «il était simplement incroyable» que ces témoins aient fabriqué la version donnée aux policiers ou qu’ils se soient concertés avant de leur parler. Selon le juge, les interrogatoires menés par la police étaient [TRADUCTION] «tout à fait sans reproche, réguliers, ni oppressifs, ni coercitifs». Il a remarqué qu’en dépit de [TRADUCTION] «ce que le bon sens pourrait suggérer» il n’était pas libre de croire la version des événements donnée à la police dans la déclaration antérieure. Il a souligné que si cette version des événements:

[TRADUCTION] ... était véridique, il s’agirait d’une preuve substantielle confirmant l’identification faite antérieurement par Steven Wright, et la question de l’utilisation du couteau par l’accusé pourrait être résolue à son désavantage.

Le juge du procès n’a visionné que de brefs extraits des bandes vidéo de la police pour tirer ces conclusions. Il serait évidemment préférable qu’un juge du procès regarde l’enregistrement intégral. Toutefois, il n’y a aucun doute qu’en l’espèce les parties ont consenti à ce que le juge du procès fonde son appréciation sur le visionnement de ces extraits de la bande et la lecture intégrale de la transcription. Il a conclu que l’identification non corroborée de K.G.B. alors qu’il était au banc des accusés, faite par Steven Wright, ne pouvait justifier une déclaration de culpabilité. Comme il ne pouvait tenir compte des déclarations antérieures comme preuve, il a acquitté l’intimé.

La Cour d’appel (1991), 49 O.A.C. 30

La Cour d’appel a confirmé l’acquittement et rejeté l’appel du ministère public. Elle s’estimait liée par les décisions où notre Cour a conclu que les déclarations antérieures incompatibles ne pouvaient être utilisées que pour évaluer la crédibilité du témoin.

III. The Arguments Against the Use of Prior Contradictory Statements for Substantive purposes

Let us consider first the arguments that have been raised against the admission of prior contradictory statements as evidence.

A. *The Absence of the Oath*

The Chief Justice has set out in his reasons the concerns that have been expressed regarding the admission of prior contradictory statements for substantive purposes. Perhaps the foremost concern is that the prior statement is not given under oath. Indeed the Chief Justice has made the oath a prerequisite to admissibility except in exceptional circumstances where an adequate substitute may be found. Courts have always stressed the importance of the oath. In medieval times the taking of an oath to tell the truth by placing a bare hand upon a sacred object was of fundamental importance. It was firmly believed that to defy the oath by lying would lead to divine retribution that would include punishment in this earthly life and eternal damnation in the hereafter. However, the medieval fear of damnation has diminished. Similarly the influence of religion in the affairs of men and women has decreased. There can be little doubt that the taking of an oath is frequently no more than a meaningless ritualistic incantation for many witnesses. In earlier times there may have been good reason for attaching greater weight to testimony given under oath than to unsworn statements given by the same witness. Today, an increasingly secular society simply attaches less significance to taking an oath. To many witnesses, the oath adds nothing to the reliability of their evidence.

Nor can the fear of secular punishment of imprisonment arising from perjury be considered to be a sure means of ensuring truthful testimony. There can be no better demonstration of the proposition that the swearing of a witness to tell the truth has little effect than this very case. Here,

III. Les moyens soulevés contre l'utilisation quant au fond des déclarations antérieures incompatibles

Examinons d'abord les arguments qui ont été soulevés contre l'admission comme preuve des déclarations antérieures incompatibles.

A. *L'absence de serment*

Dans ses motifs, le Juge en chef a fait part des craintes qui ont été exprimées à l'égard de l'admission quant au fond des déclarations antérieures incompatibles. La plus importante crainte réside peut-être dans le fait que la déclaration antérieure n'est pas faite sous serment. En fait, pour le Juge en chef, le serment est une condition essentielle à l'admissibilité, sauf dans des circonstances exceptionnelles, où l'on peut trouver un substitut approprié. Les tribunaux ont toujours souligné l'importance du serment. À l'époque médiévale, la prestation du serment de dire la vérité en posant la main nue sur un objet sacré revêtait une importance fondamentale. Les gens croyaient fermement que, s'ils mentaient sous serment, ils s'exposaient au châtement divin qui attirerait sur eux une punition ici-bas et la damnation éternelle dans l'au-delà. Toutefois, cette crainte s'est atténuée. De même, l'influence de la religion sur le comportement des hommes et des femmes n'est plus ce qu'elle était. Il ne fait presque aucun doute que, pour beaucoup de témoins, la prestation de serment n'est fréquemment qu'un rituel incantatoire dénué de sens. Autrefois, il y avait peut-être de bonnes raisons d'attacher une plus grande importance au témoignage donné sous serment qu'aux déclarations du même témoin qui n'avaient pas été faites sous serment. Mais aujourd'hui, la société, de plus en plus séculière, attache simplement moins d'importance au serment. Pour un grand nombre de témoins, il ne modifie en rien la fiabilité de leur déposition.

En outre, la crainte d'une peine d'emprisonnement imposée par les autorités séculières par suite d'un parjure ne peut être considérée comme un moyen sûr de garantir la véracité d'un témoignage. La présente affaire est la meilleure illustration de l'argument selon lequel la prestation de serment

despite the taking of the oath by the three witnesses, they lied in court and were convicted of perjury for those lies. The truth was told in their videotaped statements to the police. The facts of this case make it clear that in today's society the taking of the oath by witnesses does not guarantee that they will tell the truth.

Various jurisdictions in the United States have struggled with the same issue. On the one hand, there is the desire to ensure that prior inconsistent statements are reliable so that they can be considered and assessed for all purposes by the triers of fact, on the other hand, is the need to assure a fair trial for the accused. Either as a result of legislation or decisions of the courts four American positions can be identified. First are those states where prior inconsistent statements will as a general rule be admitted for their truth value (15 states). Second, there are states where the prior statements will be admitted so long as there is some indicia presented to the court of their reliability (7 states). Third are those states and the Federal Rules of Evidence which requires the prior statement to have been made under oath in order to be admissible (23 states and the Federal Rules). Fourth, those states and the District of Columbia where the prior statements are not admissible (5 states and the District of Columbia).

It may be helpful to consider the Federal Rule and its history. That rule provides:

Rule 801. . . .

(d) **Statements which are not hearsay.**—A statement is not hearsay if—

(1) **Prior statement by witness.**—The declarant testifies at the trial or hearing and is subject to cross-examination concerning the statement, and the statement is (A) inconsistent with the declarant's testimony, and was given under oath subject to the penalty of perjury at a trial, hearing, or other proceeding, or in a deposition. . . . [Emphasis added.]

d'un témoin a peu d'effet. En l'espèce, en dépit des serments qu'ils ont prêtés, les trois témoins ont menti au tribunal et ont été déclarés coupables de parjure. La vérité se trouvait dans leurs déclarations faites à la police et enregistrées sur bande vidéo. Il ressort clairement des faits de l'espèce que, dans la société moderne, le serment ne garantit pas la véracité d'un témoignage.

Aux États-Unis, divers ressorts ont dû se pencher sur la même question. D'une part, s'exprime le désir de faire en sorte que les déclarations antérieures incompatibles soient fiables de façon qu'elles puissent être considérées et appréciées à toutes les fins par les juges des faits et, d'autre part, se manifeste la nécessité de garantir à l'accusé un procès impartial. Quatre positions américaines se dégagent soit de l'action législative, soit de décisions judiciaires. Dans certains États (15), les déclarations antérieures incompatibles seront, en règle générale, admises pour la possibilité qu'elles offrent de dégager la vérité. D'autres États (7) admettent les déclarations antérieures si certains indices de fiabilité sont présentés à la cour. Certains États (23), de même que les règles fédérales sur la preuve, requièrent que la déclaration antérieure ait été faite sous serment pour être admissible. Enfin, cinq États et le District de Columbia n'admettent pas les déclarations antérieures.

Il serait peut-être utile d'examiner la règle fédérale et son évolution. Elle dispose:

[TRANSDUCTION]

h Règle 801. . . .

d) **Déclarations ne constituant pas du oui-dire.**—Une déclaration n'est pas du oui-dire si les conditions qui suivent sont réunies—

(1) **Déclaration antérieure d'un témoin.**—L'auteur de la déclaration témoigne au procès ou à l'audience, est contre-interrogé au sujet de sa déclaration et celle-ci est (A) incompatible avec son témoignage, et a été faite sous serment, l'exposant à une accusation de parjure au cours d'un procès, d'une audience ou d'une autre procédure, ou au cours d'une déposition. . . . [Je souligne.]

It is significant that the inclusion of the oath in the present American rule, was the result of a political compromise late in the legislative process. The Advisory Committee on the new federal rules, appointed by the then Chief Justice Warren, of the United States Supreme Court, had recommended that prior inconsistent statements be generally admissible provided only that the witness had contradicted himself and could be cross-examined on the earlier statement. (See M. H. Graham "Employing Inconsistent Statements for Impeachment and as Substantive Evidence: A Critical Review and Proposed Amendments of Federal Rules of Evidence 801(d)(1)(A), 613, and 607" (1977), 75 *Mich. L. Rev.* 1565, at pp. 1565, 1575-76.) The American Senate as well expressed the view that the oath was not necessary as a precondition. The following appears from the Senate record:

The requirement that the statement be under oath also appears unnecessary. Notwithstanding the absence of an oath contemporaneous with the statement, the witness, when on the stand, qualifying or denying the prior statement, is under oath.

(Senate Report No. 93-1277, 93rd Cong., 2d Sess. (1974), reprinted in [1974] *U.S. Cong. & Adm. News* 7051, at p. 7062.)

Indeed Professor E. W. Clearly pointed out before the Senate committee that a rule requiring an oath could go far to destroy the utility of the proposed provision with regard to inconsistent statements. He stated:

... [it] would virtually destroy the utility of provision (A), which deals with prior inconsistent statements. If the witness has made a prior statement under oath, the threat of a perjury charge makes it highly unlikely that he will subsequently relate a different story again under oath. Hence the instances in which the rule would operate under the suggested redraft would be greatly curtailed. The problem area consists of cases in which the prior statement was not under oath, whether in the course of a judicial proceeding or not, and a rule which does not deal with these cases is of no practical significance.

(Graham, *supra*, at p. 1577, note 40.)

Il est révélateur que l'exigence du serment dans la règle américaine actuelle soit le résultat d'un compromis politique intervenu tardivement dans le processus législatif. Le comité consultatif sur la rédaction des nouvelles règles fédérales, constitué par l'ancien juge en chef Warren de la Cour suprême des États-Unis, avait recommandé que les déclarations antérieures incompatibles soient généralement admissibles sous réserve seulement que le témoin se soit contredit et puisse être contre-interrogé relativement à la déclaration antérieure. (Voir M. H. Graham «Employing Inconsistent Statements for Impeachment and as Substantive Evidence: A Critical Review and Proposed Amendments of Federal Rules of Evidence 801(d)(1)(A), 613, and 607» (1977), 75 *Mich. L. Rev.* 1565, aux pp. 1565, 1575 et 1576.) Le Sénat américain a également exprimé l'opinion que le serment n'était pas une condition sine qua non. Le passage suivant est extrait du rapport du Sénat:

[TRADUCTION] Il paraît inutile également d'exiger que la déclaration ait été faite sous serment. Nonobstant l'absence d'un serment fait au moment de la déclaration, le témoin, lorsqu'il est à la barre et qu'il nuance ou nie la déclaration antérieure, est sous serment.

(Rapport du Sénat n° 93-1277, 93^e Cong., 2^e sess. (1974), réimprimé au [1974] *U.S. Cong. & Adm. News* 7051, à la p. 7062.)

De fait, le professeur E. W. Clearly a soumis au comité du Sénat qu'une règle exigeant un serment pourrait grandement contribuer à miner l'utilité de la disposition proposée relativement aux déclarations incompatibles. Il a dit:

[TRADUCTION] ... [elle] dépouillerait pratiquement de son utilité la disposition (A), qui porte sur les déclarations antérieures incompatibles. En raison de la menace d'une accusation de parjure, il est très peu vraisemblable que le témoin qui a fait une déclaration antérieure sous serment relate une version différente une fois assermenté de nouveau. Par conséquent, les cas d'application de la règle en vertu du libellé proposé seraient grandement restreints. La difficulté se pose dans les cas où la déclaration antérieure n'a pas été faite sous serment, que ce soit au cours d'une instance judiciaire ou non; une règle qui ne prévoit pas ces cas n'est d'aucune utilité pratique.

(Graham, *loc. cit.*, à la p. 1577, note 40.)

A House of Representatives bill would have required both contemporaneous cross-examination and an oath before an inconsistent statement could be admitted. As a result, a compromise was struck which reconciled the House and Senate bills by requiring that the oath be retained as a part of the rule in exchange for dropping the need for contemporaneous cross-examination.

Thus, in the United States, an oath is required at the time of the earlier statement despite the fact that the declarant, in the case of a prior inconsistent statement, must also be a witness before the court testifying under oath.

I think that the retention of the oath as a condition of admissibility should not be imported into Canada. This is especially true since neither the provisions of the *Criminal Code* nor the rationale of this Court in *R. v. Boisjoly*, [1972] S.C.R. 42, could result in a conviction for perjury arising from a sworn declaration made in the course of a criminal investigation. In *Boisjoly*, police charged an individual with making a false statement under oath contrary to what was then *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 114. The police believed that Boisjoly had lied to them in a sworn statement which dealt with his involvement in the coercion of a witness at a preliminary inquiry. Fauteux C.J., for an unanimous Court, held that even if the affidavit were deceitful, the accused was not liable for making a false statement. In his opinion, s. 114 only applied to a person "permitted" by law to make sworn declarations. He found that "permitted" could not mean simply "not prohibited" since the legislative history demonstrated that the purpose of the section was to limit the circumstances in which oaths would be administered. Indeed, the equivalent section found in an earlier Canadian statute, S.C. 1874, c. 37, was headed *Unnecessary Oaths Suppression*. Fauteux C.J. was unable to find in any relevant legislation a provision empow-

Un projet de loi soumis par la Chambre des représentants aurait rendu l'admissibilité de la déclaration incompatible conditionnelle à la contemporanéité du contre-interrogatoire et au serment. En conséquence, on en ait arrivé à un compromis conciliant le projet de loi de la Chambre et celui du Sénat en exigeant que le serment soit maintenu comme une partie de la règle en échange de l'élimination de la condition relative à la contemporanéité du contre-interrogatoire.

Ainsi, aux États-Unis, il faut faire prêter serment au moment de la déclaration antérieure malgré le fait que l'auteur, dans le cas d'une déclaration antérieure incompatible, témoignera également sous serment au procès.

Pour ma part, j'estime que l'exemple du maintien du serment comme condition de l'admissibilité ne devrait pas être retenu au Canada. Et ce, tout particulièrement parce qu'une déclaration faite sous serment au cours d'une enquête criminelle ne pourrait entraîner de déclaration de culpabilité pour parjure ni en vertu des dispositions du *Code criminel* ni en application de l'arrêt de notre Cour *R. c. Boisjoly*, [1972] R.C.S. 42. Dans cette affaire, la police avait accusé une personne d'avoir fait une fausse déclaration sous serment en contravention de ce qui était alors l'art. 114 du *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51. Les policiers croyaient que Boisjoly leur avait menti dans une déclaration faite sous serment relativement à sa participation dans la coercition exercée contre un témoin à une enquête préliminaire. Le juge en chef Fauteux, au nom de la Cour à l'unanimité, a conclu que même si l'affidavit était mensonger, l'accusé ne pouvait être tenu coupable d'avoir fait une fausse déclaration. À son avis, l'art. 114 ne s'appliquait qu'à une personne ayant la «permission», d'après la loi, de faire une déclaration sous serment. Il a dit que «permis» ne pouvait pas signifier simplement «pas défendu» parce que l'historique de l'article démontrait qu'il avait pour objet de limiter les circonstances dans lesquelles il pouvait y avoir prestation de serment. L'article équivalent d'une ancienne loi canadienne, S.C. 1874, ch. 37, était présenté dans le texte anglais sous l'en-tête *Unnecessary Oaths Suppression*. Le juge en chef Fauteux n'a pu trou-

ering witnesses to make sworn statements to police. He concluded (at p. 51):

The legislator does not recognize as an ingredient of the indictable offence mentioned in s. 114, affidavits which he has not permitted, authorized or required, in short affidavits which have no legal meaning or scope.

At the time of that case, perjury was restricted to witnesses who lied in the course of a judicial proceeding (s. 112). Since then, the *Criminal Law Amendment Acts* of 1975 and 1985 (S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 6, and S.C. 1985, c. 19, s. 17) have amalgamated ss. 112 and 114 and provide for one broader offence of perjury. The language considered in *Boisjoly* thereby finds its way into perjury under what is now s. 131(3). Section 114 stated that:

114. Every one who, not being a witness in a judicial proceeding but being permitted, authorised or required by law to make a statement by affidavit, by solemn declaration or orally under oath, makes in such a statement, before a person who is authorised by law to permit it to be made before him, an assertion with respect to a matter of fact, opinion, belief or knowledge, knowing that the assertion is false, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years. [Emphasis added.]

This wording is now found at s. 131. Section 131(1) creates the offence of perjury and s. 131(3) provides:

(3) Subsection (1) does not apply to a statement referred to in that subsection that is made by a person who is not specially permitted, authorized or required by law to make that statement. [Emphasis added.]

The rationale of *Boisjoly* is therefore applicable to the current perjury provisions. However, the 1975 amendments also created a new offence for persons, who while not specially permitted to do so, make sworn statements that are discovered to be false. This new offence is found at s. 134(1) of the *Code*. However it contains the following exception:

ver dans aucune loi pertinente une disposition autorisant les témoins à faire des déclarations sous serment à la police. Il a conclu, à la p. 51:

a Le législateur ne reconnaît pas comme élément constitutif de l'acte criminel mentionné à l'art. 114 les affidavits qu'il ne permet pas, n'autorise pas ou ne requiert pas, en somme les affidavits qui n'ont aucune signification ou portée légale.

b À l'époque de cette affaire, seuls les témoins qui mentaient dans le cours d'une procédure judiciaire pouvaient être accusés de parjure (art. 112). Depuis, les lois de 1975 et 1985 modifiant le droit criminel (S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 6, et S.C. 1985, ch. 19, art. 17) ont combiné les art. 112 et 114 établissant une infraction plus générale de parjure. Le libellé examiné dans *Boisjoly* se retrouve donc, sous la rubrique de parjure, dans ce qui est devenu le par. 131(3). L'article 114 disposait:

114. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque, n'étant pas témoin dans une procédure judiciaire, mais ayant la permission, l'autorisation ou l'obligation, d'après la loi, de faire une énonciation par affidavit, par déclaration solennelle ou oralement sous serment, fait dans une telle énonciation, devant une personne autorisée par la loi à permettre que cette énonciation soit faite devant elle, une assertion qu'il sait fausse sur une question de fait, d'opinion, de croyance ou de connaissance. [Je souligne.]

On retrouve aujourd'hui à peu près la même formulation à l'art. 131. Le paragraphe 131(1) crée l'infraction de parjure, et le par. 131(3) prévoit:

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à une déclaration visée dans ce paragraphe faite par une personne n'ayant pas la permission, l'autorisation ou l'obligation de la faire en vertu de la loi. [Je souligne.]

Le raisonnement de l'arrêt *Boisjoly* s'applique donc aux dispositions actuelles relatives au parjure. Cependant, les modifications de 1975 créaient aussi une nouvelle infraction pour les personnes qui, n'ayant pas expressément la permission de le faire, font des déclarations sous serment qui s'avèrent fausses. On retrouve cette nouvelle infraction au par. 134(1) du *Code*, qui comporte toutefois l'exception suivante:

(2) Subsection (1) does not apply to a statement referred to in that subsection that is made in the course of a criminal investigation.

Thus it is not applicable to the type of statements under consideration in this case.

I note in passing that the decision in *Boisjoly* has been applied in a case involving a prior inconsistent statement. In *Coulombe v. La Reine*, [1976] C.A. 327, a witness (later charged with murder) gave to police, in the course of their investigation, a sworn statement and contradicted it at trial. The Quebec Court of Appeal held that the witness could not be found guilty of perjury for making the earlier statement.

With the greatest of respect for the contrary view, to make the oath one of the initial requirements for admissibility of a prior statement when no criminal consequences may be attached to the oath would seem to be an exercise in hollow formalism. In the case at bar, the requirement of administering the oath would render the prior statement inadmissible. Yet it was the prior statements that were true not the sworn testimony of the witnesses. The requirement would prevent the trier of fact from ever hearing the truth and would make impossible the rendering of a true verdict. I would think that the trier of fact, whether judge or jury, should be permitted to assess the truth of a prior statement provided it has met the requisite indicia of reliability in order to be admitted.

The facts of this very case make it abundantly clear that neither the taking of the oath nor the possibility of perjury charges resulting from their testimony can in themselves ensure that a witness will tell the truth. It follows that the administration of the oath should not be a prerequisite to the admissibility of a prior inconsistent statement. Rather it is the reliability of the statement that should determine its admissibility. That reliability will depend on a number of factors. One of these will be whether the witness as a result of making the statement may be subject to criminal prosecu-

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à une déclaration visée dans ce paragraphe faite dans le cours d'une enquête en matière criminelle.

Il ne s'applique donc pas au genre de déclarations examiné dans le présent pourvoi.

Je remarque en passant que l'arrêt *Boisjoly* a été appliqué dans une affaire comportant une déclaration antérieure incompatible. Dans *Coulombe c. La Reine*, [1976] C.A. 327, un témoin (plus tard accusé de meurtre) avait fait aux policiers, au cours de leur enquête, une déclaration sous serment, qu'il a contredite au procès. La Cour d'appel du Québec a jugé que le témoin ne pouvait pas être déclaré coupable de parjure pour avoir fait la déclaration antérieure.

En toute déférence pour l'opinion contraire, faire du serment l'une des premières exigences de l'admissibilité d'une déclaration antérieure alors que le serment ne peut avoir aucune conséquence pénale semble être un exercice de formalisme futile. En l'espèce, le fait de faire prêter serment rendrait la déclaration antérieure inadmissible. C'était pourtant les déclarations antérieures des témoins qui étaient véridiques et non leur témoignage donné sous serment. Une telle exigence empêcherait le juge des faits d'entendre la vérité et il serait impossible de rendre un verdict juste. À mon avis, le juge des faits, qu'il s'agisse d'un juge ou d'un jury, devrait pouvoir évaluer la véracité d'une déclaration antérieure pourvu qu'elle soit admissible parce qu'elle répond aux indices de fiabilité requis.

Les faits de l'espèce révèlent très clairement que ni la prestation de serment ni l'éventualité d'accusations de parjure découlant de son témoignage n'assurent à elles seules que le témoin dira la vérité. Il ne devrait donc pas être nécessaire, comme condition de l'admissibilité d'une déclaration antérieure incompatible, qu'elle ait été faite sous serment. Ce qui devrait plutôt en déterminer l'admissibilité c'est sa fiabilité. Cette fiabilité tient à plusieurs facteurs et, entre autres, à la question de savoir si, en raison de sa déclaration, le témoin risque d'être poursuivi au criminel (non seulement

tion for some offence (not just but including perjury) if the statement is false.

Alternative Sources of Criminal Liability

A prior inconsistent statement could become admissible as evidence if the witness may be subject to criminal prosecution if that prior statement were false.

A witness giving a deliberately false statement to the police may be subject to prosecution for a number of offences other than perjury. They include fabricating evidence, contrary to s. 137 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which provides a maximum of 14 years; obstructing justice, contrary to s. 139(2) providing a maximum of 10 years of imprisonment or public mischief, contrary to s. 140, with a maximum penalty of 5 years. As an example, of these offences ss. 139(2) and 140 provide:

139. ...

(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.

140. (1) Every one commits public mischief who, with intent to mislead, causes a peace officer to enter on or continue an investigation by

(a) making a false statement that accuses some other person of having committed an offence;

(b) doing anything intended to cause some other person to be suspected of having committed an offence that the other person has not committed, or to divert suspicion from himself;

(c) reporting that an offence has been committed when it has not been committed; or

(d) reporting or in any other way making it known or causing it to be made known that he or some other person has died when he or that other person has not died.

In 1985, s. 140 was expanded, R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 19 (formerly S.C. 1985, c. 19, s. 19), to include falsehoods that cause police to continue investigations as well as those falsehoods

pour parjure mais aussi pour d'autres infractions) si la déclaration se révèle fausse.

Les autres sources de responsabilité criminelle

Une déclaration antérieure incompatible pourrait devenir admissible comme preuve si le témoin dont la déclaration antérieure se révèle fausse s'expose à une poursuite criminelle.

Un témoin qui fait une déclaration délibérément fausse à la police risque d'être accusé relativement à certaines infractions autres que le parjure. Celles-ci incluent la fabrication de preuve, en contravention de l'art. 137 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui prévoit un emprisonnement maximal de 14 ans, l'entrave à la justice, en contravention du par. 139(2), dont la peine d'emprisonnement maximale est de 10 ans, ou le méfait public, en contravention de l'art. 140, pour lequel la peine maximale est de 5 ans. À titre d'exemple, le par. 139(2) et l'art. 140 disposent:

139. ...

(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.

140. (1) Commet un méfait public quiconque, avec l'intention de tromper, amène un agent de la paix à commencer ou à continuer une enquête:

a) soit en faisant une fausse déclaration qui accuse une autre personne d'avoir commis une infraction;

b) soit en accomplissant un acte destiné à rendre une autre personne suspecte d'une infraction qu'elle n'a pas commise, ou pour éloigner de lui les soupçons;

c) soit en rapportant qu'une infraction a été commise quand elle ne l'a pas été;

d) soit en rapportant, annonçant ou faisant annoncer de quelque autre façon qu'il est décédé ou qu'une autre personne est décédée alors que cela est faux.

En 1985, la portée de l'art. 140 a été élargie, L.R.C. (1985), ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 19 (auparavant L.C. 1985, ch. 19, art. 19), pour inclure les mensonges qui amènent la police à continuer une

that cause investigations to be initiated. Unlike the offence of perjury, there is no requirement for corroboration in order to establish these offences. These offences would, I think, be as well known to members of the community, including prospective witnesses as that of perjury. Indeed, it is apparent that the Crown is more likely to prosecute under one of these provisions than it is to proceed with a charge for perjury. It is the existence of these offences and the possibility of prosecution for their breach that goes far in assuring the truthfulness and reliability of the statement.

It is true that a witness has no legal obligation to assist the police in their investigation. See the reasons of Martin J.A. in *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.). Yet once a witness does speak to the police in the course of their investigations, they must not mislead the investigating authorities by making statements that are false. The right to say nothing cannot protect a witness from the consequences of deliberately making a false statement. See, for example, *R. v. L.S.L.* (1991), 89 Sask. R. 267 (Q.B.).

There are a great many cases where persons have been prosecuted for obstruction of justice as a result of giving one version of the facts to the police, while offering a different version when testifying as a witness. In some of the cases, the factual situation was very similar to that presented in this case. See, for example, *R. v. Gravelle* (1952), 103 C.C.C. 250 (Ont. Mag. Ct.), and *R. v. MacGillivray* (1971), 3 Nfld. & P.E.I.R. 227 (P.E.I. Co. Ct.). There are a number of cases where there has been a prosecution for obstructing justice, fabricating evidence or for public mischief as result of a witness falsely accusing another of a crime. This list is put forward simply as an example of the number of cases where this type of prosecution has been brought: *R. v. Feger* (1989), 36 Q.A.C. 26; *R. v. J.(J.)* (1988), 65 C.R. (3d) 371 (Ont. C.A.), leave to appeal to the S.C.C. refused, [1989] 1 S.C.R. ix; *R. v. Stapleton* (1982), 66 C.C.C. (2d) 231 (Ont. C.A.); *R. v. Howard* (1972), 7 C.C.C. (2d) 211 (Ont. C.A.); *Lessard v. La Reine*, [1965] Que. Q.B. 631; *R. v. Sevick* (1930), 54 C.C.C. 92 (N.S.S.C. *en banc*), and at

enquête ou à en ouvrir une. Contrairement à l'infraction de parjure, ces infractions peuvent être établies sans qu'il y ait corroboration. Elles sont, je crois, aussi connues auprès de la collectivité, dont les témoins éventuels, que l'infraction de parjure. De fait, il est évident que le ministère public poursuivra plus vraisemblablement en vertu d'une de ces dispositions qu'en vertu d'une accusation de parjure. L'existence de ces infractions et la possibilité d'une poursuite si elles sont commises contribuent grandement à garantir la véracité et la fiabilité de la déclaration.

Le témoin, il est vrai, n'a aucune obligation légale de venir en aide à la police lors d'une enquête. Voir les motifs du juge Martin dans *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.). Toutefois, s'il parle aux policiers dans le cours d'une enquête, il ne doit pas les induire en erreur avec de fausses déclarations. Le droit de se taire ne peut protéger le témoin contre les conséquences d'une déclaration délibérément fausse. Voir, par exemple, *R. c. L.S.L.* (1991), 89 Sask. R. 267 (B.R.).

Il existe de nombreux cas où des personnes ont été poursuivies pour entrave à la justice après avoir donné à la police une version des faits, puis présenté une version différente comme témoin. Dans certains cas, les faits étaient très semblables à ceux de l'espèce. Voir, par exemple, *R. c. Gravelle* (1952), 103 C.C.C. 250 (C. mag. Ont.), et *R. c. MacGillivray* (1971), 3 Nfld. & P.E.I.R. 227 (C. cté Î.-P.-É.). Dans de nombreux cas, le témoin a été accusé d'entrave à la justice, de fabrication de preuve ou de méfait public après avoir accusé à tort une personne d'un crime. La liste suivante n'est soumise qu'à titre d'exemple des nombreux cas où de telles poursuites ont été intentées: *R. c. Feger* (1989), 36 Q.A.C. 26; *R. c. J.(J.)* (1988), 65 C.R. (3d) 371 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1989] 1 R.C.S. ix; *R. c. Stapleton* (1982), 66 C.C.C. (2d) 231 (C.A. Ont.); *R. c. Howard* (1972), 7 C.C.C. (2d) 211 (C.A. Ont.); *Lessard c. La Reine*, [1965] B.R. 631; *R. c. Sevick* (1930), 54 C.C.C. 92 (C.S.N.-É. *en banc*), et, à l'étape du procès: *R. c. Edwards* (1986), 47 Sask. R. 303 (B.R.); *R. c. Verma* (1980),

the trial level: *R. v. Edwards* (1986), 47 Sask. R. 303 (Q.B.); *R. v. Verma* (1980), 28 A.R. 233 (Q.B.); *R. v. Lindstrom* (1977), 33 N.S.R. (2d) 369 (Co. Ct.); *R. v. Martin* (1969), 12 *Crim. L.Q.* 201 (B.C. Prov. Ct.), and *R. v. Snider* (1953), 17 C.R. 136 (Ont. Mag. Ct.).^a

The number of these cases seems to make it questionable that it is essential that a warning should be given to a prospective witness of the possibility of prosecution. A person who gives a false statement to the investigating authorities causes the police to spend time in futile investigation of the false allegations. This obviously entails the expenditure of both a great deal of police time and the expenditure of public funds. Indeed by directing the attention of the police to others the real perpetrator of the crime may escape. Thus the rationale behind the offence of obstructing justice makes good common sense and can be readily understood by members of the community. Canadians would accept and indeed expect that witnesses who make deliberately false statements to the police would be subject to criminal prosecution.

This is such an obvious proposition and would appear to be such a part of the common knowledge of the community that there is no more need to warn persons that they may be liable to prosecution if the statements they give to police are false than to warn them of charges of perjury if their sworn statements are false. It follows that, although it would clearly be preferable to give a warning to a witness of the possibility of criminal proceedings if that person gives a false statement, it may not be essential to give such a warning in order to render the statement admissible.

It seems clear that criminal prosecutions for offences other than perjury are frequently brought against witnesses who make false statements. The consequences of a conviction for these offences are serious. I cannot find that there is a significant difference between the penalty for perjury for a witness lying at trial and the penalty for offences such as obstructing justice. The less stringent requirements for prosecution for obstructing justice or for public mischief (which unlike perjury

28 A.R. 233 (B.R.); *R. c. Lindstrom* (1977), 33 N.S.R. (2d) 369 (C. cté); *R. c. Martin* (1969), 12 *Crim. L.Q.* 201 (C. prov. C.-B.), et *R. c. Snider* (1953), 17 C.R. 136 (C. mag. Ont.).

Le nombre de ces affaires semble mettre en doute la nécessité d'aviser un témoin éventuel de la possibilité d'une poursuite. La personne qui fait une fausse déclaration aux autorités qui mènent l'enquête les amène à consacrer du temps à une enquête futile sur de fausses allégations. Il en résulte évidemment à la fois une perte de temps énorme pour la police et une dépense des deniers publics. En fait, si l'on détourne l'attention de la police, le véritable auteur du crime risque de s'échapper. Par conséquent, le raisonnement qui sous-tend l'infraction d'entrave à la justice relève du bon sens, et les membres de la collectivité sont en mesure de le comprendre. Les Canadiens accepteraient, et même s'attendraient, que les auteurs de déclarations délibérément fausses à la police fassent l'objet de poursuites criminelles.

Il s'agit là d'une proposition si évidente, qui paraît si notoire qu'il n'est pas plus nécessaire de mettre les gens en garde contre le risque d'être poursuivis s'ils font une fausse déclaration à la police qu'il ne l'est de les mettre en garde contre des accusations de parjure si leur déclaration sous serment est fausse. Il s'ensuit que, bien qu'il soit manifestement préférable d'avertir un témoin qu'il s'expose à des poursuites criminelles s'il fait une fausse déclaration, cette mise en garde n'est pas essentielle à l'admissibilité de la déclaration.

Il semble clair que des poursuites criminelles résultant d'infractions autres que le parjure sont fréquemment intentées contre des témoins qui font de fausses déclarations. Les conséquences d'une déclaration de culpabilité relativement à ces infractions sont graves. J'estime qu'il n'y a pas d'écart important entre la peine infligée pour parjure à un témoin qui ment au procès et celle infligée pour des infractions comme l'entrave à la justice. Les conditions moins rigoureuses pour intenter des

do not require corroboration) and the more frequent prosecutions for these offences would, I think, have a deterrent effect upon those who might be prone to make false statements. Further since liability for these offences does not rest in any way on the oath, the requirement that it be administered could have no practical effect.

In summary, the administering of an oath or solemn affirmation should no longer be regarded as an essential safeguard for ensuring the veracity of a statement. Neither the threat of divine retribution resulting in eternal damnation nor a prosecution for perjury can guarantee truthfulness. If the witness giving the statement is subject to criminal prosecution for making a deliberately false statement, that will serve as a deterrent to mendacity and encouragement to veracity. A requirement that the police administer an oath to the witness cannot further deter the witness from lying and would seem to be superfluous. The absence of the oath should not presumptively stand in the way of the admissibility for substantive purposes of a prior inconsistent statement.

B. *Absence of Contemporaneous Cross-examination*

It is true also that at the time of the statement the witness was not subjected to the rigours of cross-examination. However, if the prior statement is ruled admissible then the witness will be subject to cross-examination at trial and the trier of fact will be able to study the demeanour of the witness throughout the testimony and can assess what weight if any should be attached to all the evidence of the witness including the prior statement. Two diametrically opposed views may be taken of the prior inconsistent statement. First it might be thought that the earlier statement resulted from coercion or pressure brought to bear on a witness by the investigating authorities. Yet it may just as well be concluded that the courtroom recantation arose from pressure brought upon the witness prior to the trial by the accused, his friends or associates. Either of these scenarios may be fully explored in

poursuites et le plus grand nombre de poursuites intentées dans les cas d'entrave à la justice ou de méfait public (qui, contrairement au parjure, n'exigent pas de corroboration) auraient, je crois, un effet de dissuasion sur ceux qui pourraient être enclins à faire de fausses déclarations. En outre, puisque la responsabilité dans le cas de ces infractions n'a de toute façon rien à voir avec le serment, exiger de le faire prêter n'aurait aucun effet pratique.

En bref, le serment ou l'affirmation solennelle ne devraient plus être considérés comme des garanties essentielles de la véracité d'une déclaration. Ni la menace d'un châtement divin entraînant la damnation éternelle ni les poursuites pour parjure ne peuvent garantir la vérité. Si l'auteur de la déclaration s'expose à une poursuite criminelle en raison d'une déclaration délibérément fautive, il sera dissuadé de mentir et encouragé à dire la vérité. Obliger la police à faire prêter serment ne peut pas dissuader davantage le témoin de mentir et semblerait superflu. L'absence du serment ne devrait pas faire naître de présomption d'inadmissibilité quant au fond d'une déclaration antérieure incompatible.

B. *L'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire*

Il est vrai aussi qu'au moment de sa déclaration le témoin n'a pas été soumis aux rigueurs d'un contre-interrogatoire. Toutefois, si sa déclaration antérieure est jugée admissible, le témoin subira alors un contre-interrogatoire au procès et le juge des faits pourra étudier son comportement tout au long de la déposition et évaluer l'importance qu'il devrait accorder, le cas échéant, à tout le témoignage, y compris la déclaration antérieure. Il existe deux opinions diamétralement opposées à l'égard de la déclaration antérieure incompatible. D'une part, on peut penser qu'elle a été faite sous l'effet de la contrainte ou de la pression exercée sur le témoin par les autorités qui mènent l'enquête. D'autre part, on peut tout aussi bien conclure que la rétractation dans la salle d'audience est due à la pression exercée sur le témoin, avant le procès, par l'accusé, des amis ou des collègues. Le juge des

examination and cross-examination and assessed by the trier of fact.

Alternatively the court may be confronted with a witness who forgets the earlier statement and the events related in that statement. Once again assuming that there is a complete and reliable transcript of the earlier statement, the nature of the memory loss can be explored at trial with the sworn witness. The *voir dire* procedure which will be outlined later will provide protection for the accused and the witness. If the prior statement has met the other conditions of reliability that I will refer to, then it should be admitted, for it may better enable a verdict to be reached on the basis of the truth derived from all the relevant evidence. A true verdict reached upon properly admissible evidence must be the goal of all court proceedings.

C. *The Lack of Evidence as to Demeanour*

Those who have argued against the admissibility of a prior inconsistent statement have put forward the position that the trier of fact is unable to see the witness at the time the statement was made. It is the lack of opportunity to observe the witness that is the basis for the traditional reticence of appellate Courts to interfere with the findings of fact and especially the findings of credibility made by triers of fact. Thus deprived of the ability to observe the demeanour of the witness, the trier will be unable to reach any conclusion as to the truth of the prior statement.

There is some inconsistency in this position for the witness at the time of trial is indeed before the trier of fact. At that time a conclusion can be reached as to which of the two statements is true. That conclusion will no doubt be based in part upon the in court demeanour of the witness.

The refusal to admit a prior inconsistent statement based on the inability of the jury to observe the witness at the time the prior statement was made, has been considered and rejected by the

faits a la possibilité d'examiner minutieusement ces scénarios lors de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire et de les apprécier.

Subsidiairement, le tribunal peut être aux prises avec un témoin qui oublie la déclaration antérieure et les événements qu'il y a rapportés. Encore une fois, s'il y a une transcription intégrale et fidèle de la déclaration antérieure, il est possible d'examiner la nature de la perte de mémoire au procès avec l'aide du témoin assermenté. La procédure du voir-dire, exposée ci-après, offrira une protection à l'accusé et au témoin. Si la déclaration antérieure respecte les autres critères de la fiabilité que je mentionnerai, elle devrait être admise puisqu'elle peut aider à l'obtention d'un verdict fondé sur la vérité, celle-ci étant tirée de la totalité de la preuve pertinente. Les procédures judiciaires doivent toutes tendre vers l'obtention d'un verdict juste fondé sur une preuve légalement admissible.

C. *Le manque de preuve relative au comportement*

Les opposants à l'admissibilité de la déclaration antérieure incompatible ont soumis à l'appui de leur position que le juge des faits ne peut voir le témoin au moment où la déclaration a été faite. C'est en raison de cette impossibilité d'observer le témoin que les cours d'appel se sont traditionnellement montrées réticentes à s'ingérer dans les conclusions de fait, particulièrement les conclusions relatives à la crédibilité du témoin, tirées par les juges des faits. Ainsi privé de la possibilité d'observer le comportement du témoin, le juge des faits sera incapable de tirer une conclusion sur la véracité de la déclaration antérieure.

Cette position présente un certain illogisme puisqu'au moment du procès le témoin est effectivement en présence du juge des faits. Ce dernier peut alors déterminer laquelle des deux déclarations est vraie. Cette conclusion sera sans aucun doute fondée en partie sur le comportement du témoin en cour.

La Cour suprême des États-Unis a étudié puis rejeté le refus d'admettre une déclaration antérieure incompatible fondé sur l'incapacité du jury d'observer le témoin au moment où il a fait la

United States Supreme Court. In *California v. Green*, 399 U.S. 149 (1970), the United States Supreme Court considered a California law authorizing the substantive use of all prior inconsistent statements. It was argued that this legislation violated the right of the accused to confront all the witnesses called against him guaranteed by the Sixth Amendment. The majority of the court concluded that the legislation did not infringe the constitutional right. On this issue the majority stated (at pp. 160 and 188):

... some demeanor evidence that would have been relevant in resolving this credibility issue is forever lost.

[But] the witness may be examined at trial as to the circumstances of memory, opportunity to observe, meaning, and veracity. . . . I think it fair to say that the fact that the jury has no opportunity to reconstruct a witness' demeanor at the time of his declaration, and the absence of oath are minor considerations.

The same conclusion had been reached earlier by Learned Hand J. in *Di Carlo v. United States*, 6 F.2d 364 (2d Cir. 1925). He observed at p. 368 that the recanting witness:

... is present before the jury, and they may gather the truth from his whole conduct and bearing, even if it be in respect of contradictory answers he may have made at other times. . . . If, from all that the jury see of the witness, they conclude that what he says now is not the truth, but what he said before, they are none the less deciding from what they see and hear of that person and in court. [Emphasis added.]

Thus even without a videotape reproduction of the taking of the statement there is strong authority for concluding that the mere fact that the witness could not be observed when the original statement was made should not be a ground for making that statement inadmissible. The rights of the accused are protected by the cross-examination of the witness at the time of trial. It will often arise that, as a result of cross-examination, the witness will, as in this case, deny the truth of the earlier statement. No better result could be expected of the most bril-

légation antérieure. Dans *California c. Green*, 399 U.S. 149 (1970), elle a étudié une loi californienne autorisant l'utilisation quant au fond de toutes les déclarations antérieures incompatibles.

^a On prétendait que cette loi violait le droit de l'accusé, garanti par le Sixième amendement, d'être confronté avec tous les témoins à charge. La cour, à la majorité, a conclu que la loi ne portait pas atteinte au droit constitutionnel. À cet égard, la majorité a dit (aux pp. 160 et 188):

^b [TRADUCTION] ... une certaine preuve du comportement qui aurait été pertinente quant à la résolution de la question de la crédibilité est perdue à jamais.

^c [Mais] le témoin peut être examiné au procès sur les détails de la mémoire, la possibilité d'observer, la signification et la véracité [. . .] Je crois qu'il est juste de dire que l'impossibilité du jury de reconstituer le comportement du témoin au moment de sa déclaration et l'absence d'un serment sont des considérations secondaires.

^d Le juge Learned Hand avait antérieurement tiré la même conclusion dans *Di Carlo c. United States*, 6 F.2d 364 (2d Cir. 1925). Il a remarqué, à la p. 368, que le témoin qui se rétracte:

^e [TRADUCTION] ... comparait devant les jurés, qui peuvent déduire la vérité de son comportement et de son attitude, même relativement à des réponses incompatibles qu'il a pu donner en d'autres occasions. [. . .] Si, en se fondant sur le comportement du témoin, les jurés concluent que la vérité réside dans ses déclarations antérieures et non dans sa déposition, ils décident néanmoins d'après ce qu'ils ont vu et entendu de cette personne en cour. [Je souligne.]

^f Ainsi, même sans l'enregistrement sur bande vidéo de la déclaration, nous avons de solides fondements pour conclure que la simple impossibilité d'observer le témoin lorsqu'il a fait sa première déclaration ne devrait pas en justifier l'inadmissibilité. Les droits de l'accusé sont protégés par le contre-interrogatoire du témoin au procès. Il arrivera fréquemment que, par suite du contre-interrogatoire, le témoin, comme en l'espèce, niera la véracité de la déclaration antérieure. On ne pourrait espérer un résultat meilleur du plus brillant des

liant cross-examination. It will then be for the trier of fact to determine which version is correct.

In any event, in this case we are dealing with videotaped evidence. The videotape shows the witness sitting at a table. In a corner of the screen there is a close-up of the witness's face. At the bottom of the picture there is a time clock sequence which ensures the integrity of the tape. The videotaping of the statement provides such a complete record not only of the questions posed and the answers given, but of the demeanour of the witness throughout the interview that little can be said to warrant its exclusion based on the inability to assess the demeanour of the witness when the statement was made.

In passing, I would observe that the videotape serves as well to monitor the conduct of the police during the interview. It goes far to ensuring that nothing untoward happened in the course of the interview. The usefulness of the videotape of an interview was aptly described by A. Heaton-Armstrong and D. Wolchover in "Recording Witness Statements", [1992] *Crim. L.R.* 160, at p. 169:

The more accurate and comprehensive the record of a statement the stronger the case becomes for introducing it as evidence of the facts contained in it. There is a world of difference between a conventional witness statement signed by the maker but written by a police officer and a video-recorded interview with a witness which will include the questions and other potentially important features such as witness's demeanour, in modern parlance non-verbal communication or, as it is popularly known "body language".

It may on occasion be cogently argued that police pressure was exerted upon the witness prior to the taping. That need not be considered in this case as parents, lawyers or family members were present with the witnesses from the time they came to the police station until the interview was completed.

The videotaped statement with its complete and comprehensive record of the questions posed, the answers given and the demeanour of the witness,

contre-interrogatoires. Il appartiendra alors au juge des faits de déterminer dans quelle version réside la vérité.

Quoi qu'il en soit, en l'espèce il s'agit d'un témoignage enregistré sur bande vidéo. On peut y voir le témoin assis à une table. Un coin de l'écran montre un gros plan de son visage et, au bas, un enregistreur de temps garantit l'intégralité de l'enregistrement. La bande vidéo de la déclaration fournit un enregistrement si complet, non seulement des questions posées et des réponses données, mais du comportement du témoin tout au long de l'interrogatoire, qu'on ne pourrait invoquer l'incapacité d'évaluer le comportement du témoin au moment de la déclaration pour en justifier l'exclusion.

Soit dit en passant, je me permets de remarquer que la bande vidéo permet également de contrôler le comportement de la police au cours de l'interrogatoire. Elle contribue ainsi grandement à garantir la régularité de l'interrogatoire. Dans «Recording Witness Statements», [1992] *Crim. L.R.* 160, A. Heaton-Armstrong et D. Wolchover ont décrit avec justesse l'utilité de la bande vidéo d'un interrogatoire, à la p. 169:

[TRADUCTION] Plus l'enregistrement d'une déclaration est fidèle et complet, plus il est possible de le présenter comme preuve des faits qu'il relate. Il existe une différence énorme entre la déclaration conventionnelle signée par le témoin, mais écrite par un policier, et l'interrogatoire d'un témoin enregistré sur bande vidéo qui inclut les questions et certains autres facteurs potentiellement importants comme le comportement du témoin, c'est-à-dire, en langage moderne, la communication non verbale, communément appelée le «langage corporel».

On pourrait, dans certains cas, soutenir de façon convaincante que la police a exercé une pression sur le témoin avant l'enregistrement. Cela n'entre toutefois pas en jeu en l'espèce puisque les parents, les avocats ou des membres de la famille accompagnaient les témoins depuis leur arrivée au poste de police jusqu'à la fin de l'interrogatoire.

Parce qu'elle offre un enregistrement complet et intégral des questions posées, des réponses données et du comportement du témoin, la déclaration

will often serve as a complete answer to the issues of reliability and voluntariness of the statement. However, it is not essential that a statement be videotaped in order to be admissible. It may well be that other situations will be presented where a complete and comprehensive record will be preserved of the statement together with satisfactory evidence of the circumstances of the interview and the demeanour of the witness so that all the requirements on this count will be met. For example a recorded statement made by a witness in front of the police and independent, reliable persons may well meet all the criteria of reliability and be just as acceptable for purposes of admissibility as a videotaped statement. If the prior statement, while not videotaped, meets all the criteria of reliability it should be admissible.

The argument based on the inability to assess the demeanour of the witness at the time of the original statement should not be accepted as grounds for excluding the videotaped statement with which we are concerned.

D. Possibility of Coercion

The common law has a long history of resistance to the use of testimony that was compiled from the depositions and letters of persons who were never called to testify. There is a healthy fear that the authorities may be so anxious to secure a conviction that they will exert unwarranted pressure on a witness to obtain the statement which they desire. The rule against the substantive admissibility of a prior inconsistent statement had the salutary effect of allowing a witness to reconsider the earlier statements in court where the presence of a judge would overcome any perceived coercion by the police.

A new rule that would admit the statements if certain conditions are met should ensure that the prior statement of the witness was made voluntarily. It should still permit the witness to recant and to explain that the earlier statement resulted from police pressure or coercion. Yet it must be

sur bande vidéo résoudra fréquemment les questions de la fiabilité et du caractère volontaire de la déclaration. Toutefois, il n'est pas indispensable que la déclaration soit enregistrée sur bande vidéo pour être admissible. Il peut très bien se présenter des cas où un dossier complet et global de la déclaration sera conservé, de même qu'une preuve satisfaisante des circonstances entourant l'interrogatoire et du comportement du témoin, de telle sorte que toutes les conditions à cet égard seront remplies. Par exemple, une déclaration enregistrée faite par le témoin devant la police et en présence de personnes indépendantes et fiables pourrait bien satisfaire à tous les critères de fiabilité et être admissible au même titre qu'une déclaration enregistrée sur bande vidéo. La déclaration antérieure, même si elle n'a pas été enregistrée sur bande vidéo, devrait être admissible si elle satisfait à tous les critères de fiabilité.

L'argument fondé sur l'incapacité d'évaluer le comportement du témoin au moment de la première déclaration ne devrait pas motiver l'exclusion de la déclaration enregistrée sur bande vidéo qui nous occupe en l'espèce.

D. La possibilité de coercition

La common law a longuement résisté à l'utilisation d'un témoignage établi à partir des dépositions et des lettres de personnes jamais appelées à témoigner. On craint, légitimement, que les autorités soient si désireuses d'obtenir une déclaration de culpabilité qu'elles exerceront une pression injustifiée sur le témoin afin d'obtenir la déclaration qu'elles recherchent. La règle interdisant l'admissibilité quant au fond d'une déclaration antérieure incompatible avait l'effet salutaire de permettre au témoin de reconsidérer les déclarations antérieures en cour, où la présence d'un juge permettait de vaincre toute coercition perçue de la part de la police.

Une nouvelle règle admettant les déclarations si certaines conditions sont remplies devrait veiller à ce que la déclaration antérieure du témoin ait été faite volontairement. Elle devrait encore permettre à celui-ci de se rétracter et d'expliquer que la déclaration antérieure était due à la pression ou à la

remembered that the police are not the only ones who can exert pressure on a witness. The accused, or friends and supporters of the accused can as well influence a witness to change a statement. This may be particularly true in drug cases and cases of spousal assault. Obviously, the incentive of an accused to have a witness change his version of events is substantial if the present rule is maintained since the retraction by itself can effectively end the prosecution's case. Frequently this will frustrate any possibility of the resolution of the charge on its merits.

The Supreme Court of Georgia observed in *Gibbons v. State*, 286 S.E.2d 717 (1982), that a rule allowing for the substantial admissibility of prior declarations means that (at p. 722):

... both sides are assured a measure of protection against efforts to influence the testimony of a witness, as the prior declaration is no longer *effectively* revocable at the will of the witness.

For the same considerations, witnesses are protected from improper attempts to influence testimony—the potential gain from impropriety being diminished substantially by the adoption of this rule. [Emphasis in original.]

It will always be vitally important to ensure that there has been no impropriety or abuse of the power of the state in obtaining the prior statement. Thus the court must make certain that a statement of a witness that may be later used against the accused despite its repudiation of it by the witness at trial, has been freely and voluntarily made. This can be accomplished in much the same way that courts presently ensure that confessions were not improperly obtained. I would therefore recommend that before the prior statement can be found to be admissible under s. 9 of the *Canada Evidence Act* that a *voir dire* be held to ensure that the statement was freely and voluntarily made. In the case at bar, the trial judge found that the police conduct was “completely above-board, proper, non-oppress-

coercition exercée par la police. Toutefois, il faut se rappeler que les policiers ne sont pas les seuls à pouvoir exercer une pression sur un témoin. L'accusé, ses amis ou ceux qui l'appuient peuvent également inciter un témoin à modifier sa déclaration. C'est particulièrement vrai dans les affaires de drogues et de violence familiale. De toute évidence, si la règle actuelle est maintenue, l'accusé a un intérêt considérable à voir le témoin modifier sa version des faits puisque la rétractation en elle-même peut efficacement mettre fin à la poursuite. Cela rendra souvent impossible toute décision au fond sur l'accusation.

Dans *Gibbons c. State*, 286 S.E.2d 717 (1982), la Cour suprême de l'État de Géorgie a fait remarquer, à la p. 722, qu'une règle autorisant l'admissibilité quant au fond des déclarations antérieures signifie que:

[TRADUCTION] ... les deux parties sont assurées d'un degré de protection contre les tentatives visant à influencer la déposition d'un témoin, puisque ce dernier ne peut plus *réellement*, à son gré, revenir sur sa déclaration antérieure.

Pour les mêmes motifs, les témoins sont protégés contre les tentatives irrégulières visant à influencer la déposition—l'avantage potentiel de cette irrégularité étant diminué substantiellement par l'adoption de la présente règle. [En italique dans l'original.]

Veiller à ce qu'il n'y ait eu aucune irrégularité ni aucun abus de pouvoir de la part de l'État dans l'obtention de la déclaration antérieure revêtira toujours une importance capitale. Le tribunal doit donc s'assurer que la déclaration, qui peut être subséquemment utilisée contre l'accusé même si le témoin la désavoue au procès, a été faite librement et volontairement. Pour ce faire, il peut recourir à la même procédure que lorsqu'il s'assure que les confessions n'ont pas été obtenues irrégulièrement. Je recommanderais donc que, avant de juger la déclaration antérieure admissible en vertu de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, un *voir-dire* soit tenu pour vérifier que la déclaration a été faite librement et volontairement. En l'espèce, le juge du procès a conclu que le comportement des policiers était [TRADUCTION] «tout à fait sans reproche, régulier, ni oppressif, ni coercitif». Il

sive, non-coercive". That I think is the proper standard to be applied in reviewing the statement.

At the conclusion of the *voir dire* the trial judge should be satisfied beyond a reasonable doubt that the statement was given voluntarily in an atmosphere that was as free of oppression as possible and did not result from the hope of reward or the fear of penalty.

IV. The Conditions for Admissibility Which Must be Satisfied on the *Voir Dire*

There are a number of matters that must be explored on the *voir dire*. It may be useful to set out at this point the manner in which it should be conducted and the issues it should resolve.

The *voir dire* should proceed in the usual way. As the Chief Justice noted, the prior statement must be otherwise admissible and not excluded by the operation of some other evidentiary rule such as those reviewed by him. In the case at bar, the prior inconsistent statements of the witnesses set out incriminating statements made by the respondent, which would ordinarily be admissible.

Upon the *voir dire* the trial judge must be satisfied beyond a reasonable doubt that the conditions for admitting the prior inconsistent statement have been fulfilled. I would suggest that the conditions are these:

- (1) That the evidence contained in the prior statement is such that it would be admissible if given in court.
- (2) That the statement has been made voluntarily by the witness and is not the result of any undue pressure, threats or inducements.
- (3) That the statement was made in circumstances, which viewed objectively would bring home to the witness the importance of telling the truth.

s'agit là, à mon sens, de la norme applicable dans l'examen de la déclaration.

À la clôture du voir-dire, le juge du procès devrait être convaincu hors de tout doute raisonnable que la déclaration a été faite volontairement dans une atmosphère aussi dénuée d'oppression que possible et qu'elle n'a pas été faite dans l'espoir d'une récompense ou dans la crainte d'une punition.

IV. Les conditions d'admissibilité à remplir lors du voir-dire

Plusieurs points doivent être examinés dans le cadre du voir-dire. Il pourrait être utile d'indiquer ici la façon dont celui-ci devrait se dérouler et les questions à y résoudre.

Le voir-dire devrait être tenu de la manière habituelle. Comme le Juge en chef l'a fait remarquer, la déclaration antérieure doit par ailleurs être admissible et non exclue par l'application d'une autre règle de preuve comme celles dont il a fait mention. En l'espèce, les déclarations antérieures incompatibles des témoins faisaient part de déclarations incriminantes de l'intimé, qui seraient normalement admissibles.

Au voir-dire, le juge du procès doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que les conditions d'admissibilité de la déclaration antérieure incompatible ont été remplies. Je proposerais les conditions suivantes:

- (1) La preuve contenue dans la déclaration antérieure serait admissible si celle-ci était faite devant la cour.
- (2) La déclaration a été faite volontairement par le témoin et elle n'est pas le résultat d'une pression excessive, de menaces ou de promesses de récompenses.
- (3) La déclaration a été faite dans des circonstances qui, considérées objectivement, feraient bien comprendre au témoin l'importance de dire la vérité.

(4) That the statement is reliable in that it has been fully and accurately transcribed or recorded.

(5) That the statement was made in circumstances that the witness would be liable to criminal prosecution for giving a deliberately false statement.

If those conditions are met then the prior inconsistent statement should be admitted for all purposes.

The statements to be considered on such a *voir dire* will fall somewhere along a continuum of reliability. For example, at one end it may be established that the statement had been videotaped; the witness had access to counsel; the witness had a relative or responsible person present throughout the interrogation; the witness had been made aware of the gravity of the investigation and the importance of telling the truth; and the witness gave the statement voluntarily. Statements made in those circumstances may be readily admitted. Other statements may still be found to be reliable and admissible although they do not present every one of the foregoing indicia of trustworthiness. For example, there may not be a videotape, but a recording of the interview made in the presence of dependable and reliable independent witnesses who attended the interview and who attest to the demeanour and deportment of the witness and the police. At the other end of the continuum may be a prior inconsistent statement contained in the hurried notes of a single police officer who was paraphrasing the words of the witness speaking to him in hectic and difficult circumstances. It might well be difficult to conclude that such a statement should be admitted.

A. Standard of Proof on the Voir Dire

The Chief Justice would decide the question of admissibility on a balance of probabilities. The jurisprudence on the burden to be satisfied during a *voir dire* is meagre.

This Court in deciding what standard of proof is to be adopted in particular circumstances—beyond

(4) La déclaration est fiable puisqu'elle a été transcrite ou enregistrée intégralement et fidèlement.

(5) La déclaration a été faite alors que le témoin s'exposait à des poursuites criminelles s'il faisait une déclaration délibérément fausse.

Si ces conditions sont remplies, la déclaration antérieure incompatible doit être admise à toutes les fins.

Les déclarations à prendre en considération lors d'un tel *voir-dire* se situeront le long de l'échelle de la fiabilité. Par exemple, à une extrémité, on peut établir que la déclaration a été enregistrée sur bande vidéo, que le témoin a eu droit à l'assistance d'un avocat, qu'il était accompagné d'un parent ou d'une personne responsable tout au long de l'interrogatoire, qu'il a été informé du caractère sérieux de l'enquête et de l'importance de dire la vérité, et qu'il a fait la déclaration volontairement. Les déclarations faites dans ces circonstances peuvent être facilement admissibles. D'autres déclarations peuvent aussi être jugées fiables et admissibles bien qu'elles ne présentent pas tous les indices susdits de fiabilité. Par exemple, même s'il n'en existe pas de bande vidéo, l'interrogatoire peut avoir été enregistré sur bande sonore en présence de témoins indépendants, sérieux et fiables, qui témoignent du comportement et de l'attitude du témoin et de la police. À l'autre extrémité de l'échelle peut se trouver la déclaration antérieure incompatible contenue dans des notes écrites à la hâte par un seul policier paraphrasant les propos que le témoin lui a tenus dans un environnement agité et dans des circonstances difficiles. Il peut être difficile de conclure à l'admissibilité d'une telle déclaration.

A. La norme de preuve au voir-dire

Le Juge en chef trancherait la question de l'admissibilité selon la prépondérance des probabilités. Or, il n'existe que peu de jurisprudence portant sur la nature de la charge de la preuve dans le cadre d'un *voir-dire*.

Face à la question de savoir s'il y a lieu d'adopter dans des circonstances particulières la norme

a
b
c
d
e
f
g
h
i
j

a reasonable doubt or on a balance of probabilities—has taken a flexible approach. The standard selected is the result of a policy decision which is based upon a balancing of the interests of the accused and of the public which are at stake. See *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 137-38, and *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, at pp. 973-76. For example, the impact of a confession on a trial requires that its voluntariness be proved beyond a reasonable doubt before it is admitted: *R. v. Pickett* (1975), 28 C.C.C. (2d) 297 (Ont. C.A.).

A confession is an inculpatory statement made by an accused to a person in authority. In the case at bar the admission of the respondent was made to his friends who were clearly not persons in authority. While the admissions were inculpatory, they were not confessions. The concern that statements were forced out of the accused by police is simply not present in this case.

However, the witnesses when they attended at the police station were in a sense under police control. Therefore, in the interests of fairness and uniformity, the same high standard should be applied to all prior statements. It would not only be in the best interest of the accused but also ensure the fairness of the trial process if the judge presiding over the *voir dire* were required to be satisfied beyond a reasonable doubt as to all the aspects of the statement. If the reliability of the prior statement is so tenuous or marginal that only the civil standard would secure its admissibility, it is not the type of evidence that should be placed before the trier of fact in a criminal trial.

The Chief Justice leaves open the question whether a confession by an accused that forms part of a prior inconsistent statement should be admissible on a balance of probabilities. In my view, it matters little whether the confession is directly admitted or goes before the jury in the form of a prior inconsistent statement—in both cases the test

d'une preuve hors de tout doute raisonnable ou bien celle d'une preuve selon la prépondérance des probabilités, notre Cour a adopté une attitude de souplesse. La norme qu'elle a choisie tient à une décision de principe prise après avoir soupesé les intérêts en jeu, soit ceux de l'accusé et ceux du public. Voir les arrêts *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 137 et 138, et *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, aux pp. 973 à 976. Par exemple, une confession ne produit son effet au procès que si son caractère volontaire a été prouvé hors de tout doute raisonnable avant son admission: *R. c. Pickett* (1975), 28 C.C.C. (2d) 297 (C.A. Ont.).

La confession est une déclaration incriminante d'un accusé faite à une personne en situation d'autorité. En l'espèce, l'intimé a fait un aveu à ses amis qui, de toute évidence, n'étaient pas en situation d'autorité. Bien qu'ils aient été incriminants, les aveux n'étaient pas des confessions. Il n'y a pas ici de raison de craindre que les déclarations aient été soutirées à l'accusé par la police.

Toutefois, quand ils se sont présentés au poste de police, les témoins étaient en quelque sorte sous l'autorité de la police. Par conséquent, au nom de l'équité et de l'uniformité, la même norme élevée devrait être appliquée à toutes les déclarations antérieures. Non seulement l'intérêt de l'accusé serait mieux servi, mais aussi l'impartialité du procès serait garantie s'il fallait que le juge président le voir-dire soit convaincu hors de tout doute raisonnable à l'égard de tous les aspects de la déclaration. Si la fiabilité de la déclaration antérieure est à ce point faible ou minime qu'elle ne pourrait être admise que par l'application de la norme civile, il ne s'agit pas du genre de preuve qu'il convient de soumettre au juge des faits dans un procès criminel.

Le Juge en chef ne se prononce pas sur la question de savoir si la confession d'un accusé qui fait partie d'une déclaration antérieure incompatible devrait être admissible selon la prépondérance des probabilités. Selon moi, il importe peu que la confession soit admise directement ou qu'elle soit présentée au jury sous la forme d'une déclaration antérieure incompatible: dans un cas comme dans l'autre le critère à remplir lors du voir-dire devrait

to be met on the *voir dire* should be proof beyond a reasonable doubt.

The judge conducting the *voir dire* should not weigh the credibility of the statement any more than would the judge conducting a *voir dire* concerning a confession determine whether it is truthful. The *voir dire* simply ensures that the circumstances surrounding the making of the statement are such, that it should be admitted. It is for the jury to determine whether the prior statement should be accepted as true.

B. *Instructions to the Jury*

If at the conclusion of the *voir dire* the prior inconsistent statement is ruled admissible for all purposes then at some time the trial judge should give instructions to the jury regarding the statement.

The jury should be advised that although the statement has been ruled admissible it is up to them to decide what weight if any they should attach to it. The jury should be instructed that they may consider that the statement should be given less weight because it was not subject to cross-examination at the time it was made and because there was not the same opportunity to assess the demeanour of the witness as there would have been had the statement been made in court. Nonetheless, the statement is to be treated like any other admissible evidence. It can be accepted as the truth of what it relates, it can be accepted in part and rejected in part; or it can be rejected completely. In assessing the statement the jury should consider all the circumstances in which it was made.

V. The Test in *Smith* and *Khan*

Before giving a demonstration of how a *voir dire* in this case might proceed, I should touch upon the second facet of the Chief Justice's reasons which deals with statements where one, several, or all of the three initial preconditions (oath, warning and videotape) are missing. For the Chief Justice when such a situation arises, "alternatively"

être celui d'une preuve hors de tout doute raisonnable.

Le juge qui préside le voir-dire ne devrait pas évaluer la crédibilité de la déclaration, pas plus que le juge présidant un voir-dire relatif à une confession ne déciderait de la véracité de celle-ci. Le voir-dire permet simplement de s'assurer que les circonstances entourant la déclaration en justifient l'admission. C'est au jury qu'il appartient de décider si la déclaration antérieure doit être acceptée comme véridique.

B. *Les directives au jury*

Si, à la clôture du voir-dire, la déclaration antérieure incompatible est jugée admissible à toutes les fins, le juge du procès devrait, à un certain moment, donner au jury des directives concernant la déclaration.

Les jurés devraient être informés que, même si la déclaration est jugée admissible, il leur appartient de décider de l'importance à lui accorder. Ils devraient également savoir qu'ils peuvent décider d'accorder à la déclaration une moins grande importance parce qu'elle n'a pas été soumise à un contre-interrogatoire au moment où elle a été faite et parce qu'ils n'ont pas eu la même possibilité d'évaluer le comportement du témoin que si la déclaration avait été faite devant la cour. Néanmoins, la déclaration doit être traitée comme toute autre preuve admissible. Elle peut être acceptée comme la preuve de la véracité de son contenu, elle peut être acceptée en partie et rejetée en partie, ou elle peut être rejetée entièrement. Dans son appréciation de la déclaration, le jury devrait tenir compte de toutes les circonstances qui l'ont entourée.

V. Le critère dans les arrêts *Smith* et *Khan*

Avant d'indiquer comment pourrait se dérouler un voir-dire en l'espèce, je devrais aborder le second aspect des motifs du Juge en chef qui concernent les déclarations faites dans un cas où au moins une des trois conditions préalables (le serment, la mise en garde et l'enregistrement sur bande vidéo) n'a pas été remplie. De l'avis du Juge

in “exceptional circumstances” the principles enunciated in *Smith* and *Khan* should apply. That is to say the judge, on the *voir dire*, is to search for substitute indicia of reliability.

There is no doubt that these cases provide an alternative justification for changing this Court’s oft-criticized ruling in *Deacon, supra*. I have no quarrel with utilizing the approach to hearsay evidence set out in *Khan* and *Smith* to prior inconsistent statements provided the threshold tests for reliability I have suggested are made a part of it.

VI. Application of the Conditions of Admissibility to the Case at Bar

Let us see how these suggested conditions of admissibility could be applied to this case. I do so not to reach any conclusion on the question of admissibility but to demonstrate how the analysis I have proposed might be applied in this case.

(1) Otherwise Admissible

The evidence contained in the prior statements would be admissible if given in court.

(2) Voluntariness

In this case each witness was advised that he had a right to counsel. Each witness had a lawyer or a parent or sibling or a combination of those persons present during the interrogation. The videotape of the interviews certainly did not disclose evidence of any impropriety on the part of the police. The trial judge congratulated the police for their sensitive handling of the matter. Indeed the police did act in an exemplary manner. They scrupulously and carefully advised the witnesses of their rights, the nature of the investigation and the importance of telling the truth. There is no evidence that undue influence was exerted upon the witnesses, nor were they threatened or offered a reward of any kind. It follows that it would be

en chef, il y a alors lieu, «subsidiativement» et dans «des cas exceptionnels», d’appliquer les principes énoncés dans les arrêts *Smith* et *Khan*. En d’autres termes, le juge qui préside le voir-dire doit rechercher d’autres indices de fiabilité.

Sans aucun doute, ces arrêts offrent une autre justification à la modification de la règle, souvent critiquée, formulée par notre Cour dans l’arrêt *Deacon*, précité. Pourvu qu’y soient compris les critères préliminaires d’admissibilité que je propose, je ne m’oppose pas du tout à l’adoption, à l’égard des déclarations antérieures incompatibles, de la méthode énoncée dans les arrêts *Khan* et *Smith* pour la preuve par oui-dire.

VI. L’application des conditions d’admissibilité à l’espèce

Par l’examen de l’application possible, à la présente affaire, des conditions d’admissibilité proposées, je veux non pas tirer une conclusion sur la question de l’admissibilité, mais démontrer comment l’analyse que j’ai proposée pourrait être appliquée en l’espèce.

(1) La preuve par ailleurs admissible

La preuve contenue dans les déclarations antérieures serait admissible si celles-ci avaient été faites devant la cour.

(2) Le caractère volontaire de la déclaration

En l’espèce, chaque témoin a été informé de son droit à l’assistance d’un avocat. Chacun était accompagné, au cours de l’interrogatoire, d’un avocat, d’un parent, d’un frère ou d’une sœur ou de plusieurs d’entre eux. Les bandes vidéo des interrogatoires n’ont révélé absolument aucune preuve d’irrégularité de la part des policiers. Le juge du procès les a félicités de leur délicatesse dans la façon dont ils ont traité l’affaire. En fait, ils ont agi de manière exemplaire. Ils ont scrupuleusement et soigneusement avisé les témoins de leurs droits, de la nature de l’enquête et de l’importance de dire la vérité. Il n’y a aucune preuve qu’ils aient subi une influence induue; ils ne se sont vu offrir aucune récompense et n’ont fait l’objet d’aucune

open to the judge presiding at the *voir dire* to find that the prior statements were made voluntarily.

menace. Il serait en conséquence loisible au juge qui préside le voir-dire de conclure au caractère volontaire des déclarations antérieures.

(3) The Importance of Telling the Truth

a (3) L'importance de dire la vérité

All witnesses attended at the police station with family members and one with a lawyer as well. They were told that the police were investigating the death by stabbing of Joseph Wright. They were all advised of the importance of telling the truth. The police went so far as to tell one witness of the possibility of criminal charges being brought against him if he was not telling the truth. When all the circumstances are considered, it would seem that it should have been apparent to the witnesses that it was important to tell the truth. Certainly it would be open to a trial judge sitting on a *voir dire* to reach such a conclusion.

b Tous les témoins se sont présentés au poste de police en compagnie de membres de leur famille, l'un d'eux étant également accompagné d'un avocat. Les policiers les ont avisés qu'ils faisaient enquête sur le décès de Joseph Wright, qui avait été poignardé. Les témoins ont tous été informés de l'importance de dire la vérité. La police a même averti l'un d'eux que des accusations criminelles risquaient d'être portées contre lui s'il ne disait pas la vérité. Compte tenu de toutes ces circonstances, il semble que les témoins auraient dû comprendre l'importance de dire la vérité. Le juge du procès *d* présidant un voir-dire aurait certainement pu tirer une telle conclusion.

(4) Reliability of the Statement

(4) La fiabilité de la déclaration

The videotape demonstrates the reliability of the statement. It is a complete and accurate recording of the questions posed and the answers given. It reveals the tone of voice and the facial expression of the witnesses. The tape provides such a complete and reliable record of the statement and the circumstances in which it was given that it would be open to the judge conducting the *voir dire* to find the statements were reliable.

e La bande vidéo démontre la fiabilité de la déclaration. Elle est un enregistrement intégral et fidèle des questions posées et des réponses données. Elle révèle le ton de voix et la physionomie des *f* témoins. L'enregistrement de la déclaration et des circonstances l'entourant est complet et fiable à un point tel qu'il semble justifier une conclusion de la part du juge présidant le voir-dire que les déclarations étaient fiables.

(5) Witness Subject to Criminal Prosecution if a Deliberately False Statement Was Given

g (5) Le risque de poursuites criminelles si le témoin fait une déclaration délibérément fausse

All the witnesses were subject to criminal prosecution for obstructing justice or public mischief if their statements were deliberately false. One witness was advised of this in general terms. All were advised of the importance of telling the truth. Here the statements were made in circumstances that could give rise to criminal prosecution of the witnesses if their statements were deliberately false.

h Tous les témoins s'exposaient à des poursuites criminelles pour entrave à la justice ou méfait public si leurs déclarations étaient délibérément fausses. Un des témoins a été informé de cette possibilité dans des termes généraux. Ils ont tous été *i* avisés de l'importance de dire la vérité. Les déclarations ont été faites dans des circonstances justifiant des poursuites criminelles si les déclarations des témoins étaient délibérément fausses.

In this case, it would be open to a judge conducting a *voir dire* a new trial to find that the

j En l'espèce, il serait loisible au juge présidant un voir-dire tenu au cours d'un nouveau procès de

prior inconsistent statements met all the conditions for admissibility.

VII. New Trial

The respondent argued that if it were found that the prior inconsistent statements were admissible for all purposes that there would still not be sufficient evidence to convict the accused. Reliance was placed upon *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277. I cannot agree with that submission. The words of the trial judge on this issue are significant. He stated that if the witnesses' statements to the police could be considered

there would be substantial evidence to confirm the identification evidence given earlier by Steven Wright, and the issue of the accused's use of the knife might be resolved against him.

This clearly indicates that on a new trial, if the prior inconsistent statements were found to be admissible, the result could well be different, that is to say the verdict would not necessarily be the same.

It must be remembered that a young man died as a result of a senseless stabbing. The community has a real and pressing interest in having the guilt or innocence of the respondent established on the basis of the truth. The earlier acquittal was based upon perjured evidence and upon an interpretation of s. 9 of the *Canada Evidence Act* that withheld the truth—in the form of the prior statements—from the consideration of the trial judge. Those statements might well have been considered. A trial must always be a quest to discover the truth. Irrational and unreasonable obstacles to the admission of evidence should not impede that quest. In order to reach a true verdict a court must be able to consider all the relevant admissible evidence. It is only on a new trial, when a court has had the opportunity to consider anew the admissibility of the prior statements, that an informed decision may be reached based upon all the admissible evidence.

conclure que les déclarations antérieures incompatibles respectaient toutes les conditions d'admissibilité.

^a VII. Nouveau procès

L'intimé a soutenu que, si les déclarations antérieures incompatibles étaient jugées admissibles à toutes les fins, la preuve serait encore insuffisante pour déclarer l'accusé coupable. Il a invoqué l'arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277. Je ne puis accepter cette prétention. Les propos du juge du procès à cet égard sont révélateurs. Selon lui, si l'on pouvait tenir compte des déclarations des témoins à la police

[TRADUCTION] il s'agirait d'une preuve substantielle confirmant l'identification faite antérieurement par Steven Wright, et la question de l'utilisation du couteau par l'accusé pourrait être résolue à son désavantage.

Ces propos démontrent clairement que, si les déclarations antérieures incompatibles étaient jugées admissibles au cours d'un nouveau procès, le résultat pourrait bien être différent, c'est-à-dire que le verdict ne serait pas nécessairement le même.

^f Il faut se rappeler qu'un jeune homme a perdu la vie de façon insensée par suite d'une agression à coups de couteau. La collectivité a un intérêt urgent et réel à voir la culpabilité ou l'innocence de l'intimé établie à l'aide de la vérité. L'acquiescement antérieur était fondé sur la déposition de témoins qui s'étaient parjurés et sur une interprétation de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui empêchait le juge du procès d'examiner la vérité, en la forme des déclarations antérieures. Ces déclarations auraient bien pu être prises en considération. Un procès doit toujours être une recherche de la vérité. Les obstacles irrationnels et déraisonnables à l'admission d'une preuve ne devraient pas gêner cette recherche. Pour rendre un verdict juste, le tribunal doit pouvoir considérer toute la preuve admissible et pertinente. Seul un nouveau procès, où la cour aura pu examiner de nouveau l'admissibilité des déclarations antérieures, permettra de rendre une décision éclairée fondée sur la totalité de la preuve admissible.

VIII. Disposition

In the result, I would allow the appeal, set aside the acquittal and the order of the Court of Appeal upholding the acquittal and direct a new trial.

Appeal allowed and new trial ordered.

Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondent: Keith E. Wright, Toronto.

VIII. Dispositif

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'acquittement et l'ordonnance de la Cour d'appel visant à maintenir l'acquittement, et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimé: Keith E. Wright, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Harriet Roberta Thomas *Respondent*

INDEXED AS: R. v. THOMAS

File No.: 22703.

1993: February 26.

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

ON APPEAL FROM THE NEWFOUNDLAND SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Criminal law — Obstructing a police officer — Police officers going to accused's house to enforce noise by-law — Officers invited into house by accused's guests — Police not leaving house when requested to do so by accused — Accused's subsequent arrest for obstructing a police officer unlawful — Police having no right to remain in accused's house following revocation of invitation.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Supreme Court, Appeal Division (1991), 91 Nfld. & P.E.I.R. 341, 286 A.P.R. 341, dismissing the Crown's appeal from a judgment of Riche J. (1989), 73 Nfld. & P.E.I.R. 132, 229 A.P.R. 132, dismissing the Crown's appeal from the accused's acquittal in Provincial Court on charges of obstructing a police officer, making a false statement, assaulting police officers and damaging police property. Appeal dismissed.

Colin J. Flynn, for the appellant.

Norman J. Whalen, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—We agree with the Newfoundland Court of Appeal that, even if the police were authorized to go into the respondent's house, that authorization was revoked by the respondent,

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Harriet Roberta Thomas** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. THOMAS

N^o du greffe: 22703.

^b

1993: 26 février.

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

^c

EN APPEL DE LA SECTION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE TERRE-NEUVE

Droit criminel — Entrave au travail d'un policier — Policiers appelés à la maison de l'accusée pour faire respecter un règlement sur le bruit — Policiers invités à entrer par les invités de l'accusée — Policiers refusant de quitter comme le demandait l'accusée — Arrestation subséquente de l'accusée pour entrave au travail d'un policier — Arrestation illégale — Les policiers n'avaient pas le droit de rester dans la maison après la révocation de l'invitation.

POURVOI contre un arrêt de la Section d'appel de la Cour suprême de Terre-Neuve (1991), 91 Nfld. & P.E.I.R. 341, 286 A.P.R. 341, qui a rejeté l'appel du ministère public contre un jugement du juge Riche (1989), 73 Nfld. & P.E.I.R. 132, 229 A.P.R. 132, qui avait rejeté l'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'accusée en Cour provinciale relativement à des accusations d'entrave au travail d'un policier, de fausse déclaration, de voies de fait sur des policiers et de dommages aux biens de la police. Pourvoi rejeté.

^h

Colin J. Flynn, pour l'appelante.

Norman J. Whalen, c.r., pour l'intimée.

ⁱ Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Comme la Cour d'appel de Terre-Neuve, nous sommes d'avis que, même si la police était autorisée à pénétrer dans la maison de l'intimée, cette autorisation a été révo-

thereby making the subsequent arrest unlawful. Accordingly, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Colin J. Flynn, St. John's, Newfoundland.

Solicitors for the respondent: Martin, Whalen, Hennebury & Stamp, St. John's, Newfoundland.

quée par l'intimée, ce qui rend illégale l'arrestation subséquente. En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

^a *Procureur de l'appelante: Colin J. Flynn, St. John's, Terre-Neuve.*

^b *Procureurs de l'intimée: Martin, Whalen, Hennebury & Stamp, St. John's, Terre-Neuve.*

V.L.P. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. P. (V.L.)

File No.: 22794.

1993: March 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Sexual assault — Defences — Duress — Appellant's common law spouse ordering her pre-teen son to have intercourse with her — Appellant making statement to police indicating that she touched her son's penis — Appellant also testifying that she was afraid of common law spouse — Appellant a co-perpetrator of, rather than a party to, assaults — Defence of duress not applicable because only relevant where accused liable as a party only.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing an appeal from conviction by Winter Dist. Ct. J. Appeal dismissed.

Robert J. Upsdell, for the appellant.

Kenneth L. Campbell and Janet Gallin, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J.—We do not have to hear you, Mr. Campbell.

The Court is ready to deliver judgment now.

We are all of the view that the appeal should be dismissed substantially for the reasons of the Court of Appeal. The appeal is, therefore, dismissed.

V.L.P. Appelante

c.

a Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. P. (V.L.)

b N° du greffe: 22794.

1993: 3 mars.

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

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

Droit criminel — Agression sexuelle — Moyens de défense — Contrainte — Conjoint de fait de l'appelante ayant ordonné au fils pré-adolescent de cette dernière d'avoir des relations sexuelles avec elle — Appelante ayant déclaré à la police avoir touché le pénis de son fils — Appelante ayant aussi témoigné qu'elle avait peur du conjoint de fait — Appelante coauteur des agressions plutôt qu'ayant participé à celles-ci — Moyen de défense de contrainte ne s'appliquant que lorsque l'accusé est responsable en tant que partie seulement.

f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a rejeté un appel contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Winter de la Cour de district. Pourvoi rejeté.

g *Robert J. Upsdell, pour l'appelante.*

Kenneth L. Campbell et Janet Gallin, pour l'intimée.

h Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

i LE JUGE LA FOREST—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Campbell.

La Cour est prête à rendre jugement séance tenante.

j Nous sommes tous d'avis de rejeter le pourvoi essentiellement pour les motifs donnés par la Cour d'appel. Le pourvoi est donc rejeté.

Judgment accordingly.

*Solicitor for the appellant: Robert J. Upsdell,
St. Thomas.*

*Solicitor for the respondent: The Ministry of the
Attorney General, Toronto.*

Jugement en conséquence.

*Procureur de l'appelante: Robert J. Upsdell,
St. Thomas.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère de Procu-
reur général, Toronto.*

IN THE MATTER OF an appeal from an opinion of the Manitoba Court of Appeal;

and

IN THE MATTER OF a reference to the Manitoba Court of Appeal in accordance with the *Constitutional Questions Act*, C.C.S.M. c. C180, by the Lieutenant Governor in Council for hearing and consideration of questions relating to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* being Part I of the *Constitution Act, 1982* and *The Public Schools Act*, C.C.S.M. c. P250, and ss. 79(3), 79(4) and 79(7) thereof

and

The Fédération provinciale des comités de parents Inc. *Appellant*

v.

The Attorney General of Manitoba *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Conseil jeunesse provincial Inc., the Société franco-manitobaine, the Commission nationale des parents francophones, the Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada and the Commissioner of Official Languages *Intervenors*

INDEXED AS: REFERENCE RE *PUBLIC SCHOOLS ACT* (MAN.), S. 79(3), (4) AND (7)

File No.: 21836.

1992: December 3; 1993: March 4.

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

DANS L'AFFAIRE d'un pourvoi visant un avis de la Cour d'appel du Manitoba;

et

a

DANS L'AFFAIRE d'un renvoi à la Cour d'appel du Manitoba conformément à la *Loi sur les questions constitutionnelles*, C.P.L.M. ch. C180, adressé par le lieutenant-gouverneur en conseil au sujet de questions ayant trait à la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à la *Loi sur les écoles publiques*, C.P.L.M. ch. P250, et aux par. 79(3), 79(4) et 79(7) de cette loi

et

d

La Fédération provinciale des comités de parents Inc. *Appelante*

e

c.

Le procureur général du Manitoba *Intimé*

f

et

Le procureur général du Canada, le Conseil jeunesse provincial Inc., la Société franco-manitobaine, la Commission nationale des parents francophones, la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada et le Commissaire aux langues officielles *Intervenants*

h

RÉPERTORIÉ: RENVOI RELATIF À LA *LOI SUR LES ÉCOLES PUBLIQUES* (MAN.), ART. 79(3), (4) ET (7)

i

Nº du greffe: 21836.

1992: 3 décembre; 1993: 4 mars.

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

j

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Constitutional law — Charter of Rights — Minority language educational rights — Educational facilities — Whether rights to minority language educational facilities include a right to distinct physical setting — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 23.

Constitutional law — Charter of Rights — Minority language educational rights — Right of “management and control” — Section 23 of Charter of Rights conferring upon minority language parents a right to manage and control minority language educational facilities — Whether Manitoba Public Schools Act meets s. 23’s requirement — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 23 — The Public Schools Act, R.S.M. 1987, c. P250, s. 79(3), (4), (7).

Appeal — Mootness — Respondent alleging that issues raised in this appeal resolved to a large extent by a Supreme Court of Canada decision rendered shortly after Court of Appeal’s judgment — Whether appeal to Supreme Court moot.

The Lieutenant Governor in Council of Manitoba referred to the Court of Appeal of that province three constitutional questions concerning the validity of s. 79(3), (4) and (7) of the Manitoba *Public Schools Act* in view of ss. 15 and 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The second and third questions, in issue in this appeal, read as follows:

- (b) What does the right to have one’s children receive instruction “in minority language educational facilities” guaranteed by section 23(3)(b) of the *Charter* mean? In particular, does it include the right to have one’s children receive instruction in a distinct physical setting?
- (c) (i) Do section 23 and section 15 of the *Charter* grant any right of management or control in connection with section 23’s guarantees of French language instruction and facilities?
- (ii) If so, do the provisions in Part I, II, and III of *The Public Schools Act* concerning the formation of school divisions and districts, the election of school boards, and the powers and

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU MANITOBA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’instruction dans la langue de la minorité — Établissements d’enseignement — Le droit à l’instruction dans des établissements d’enseignement de la minorité linguistique comprend-il le droit à des lieux physiques distincts? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 23.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’instruction dans la langue de la minorité — Droit de «gestion et de contrôle» — L’article 23 de la Charte des droits confère aux parents appartenant à un groupe linguistique minoritaire un droit de gestion et de contrôle à l’égard des établissements d’enseignement de la minorité linguistique — La Loi sur les écoles publiques du Manitoba satisfait-elle à l’exigence de l’art. 23? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 23. — Loi sur les écoles publiques, L.R.M. 1987, ch. P250, art. 79(3), (4), (7).

Appel — Caractère théorique — L’intimé soutient que les points soulevés dans le pourvoi ont en grande partie été tranchés par un arrêt de la Cour suprême du Canada rendu peu après la décision de la Cour d’appel — Le pourvoi devant la Cour suprême revêt-il un caractère théorique?

Le lieutenant-gouverneur en conseil du Manitoba a soumis par renvoi à la Cour d’appel de la province trois questions ayant trait à la validité constitutionnelle des par. 79(3), (4) et (7) de la *Loi sur les écoles publiques* par rapport aux art. 15 et 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les deuxième et troisième questions, qui font l’objet du présent pourvoi, se lisent ainsi:

- b) En quoi consiste le droit de faire instruire ses enfants «dans des établissements d’enseignement de la minorité linguistique» garanti par l’alinéa 23(3)b) de la *Charte*? Ce droit comprend-il plus particulièrement le droit de faire instruire ses enfants dans des lieux physiques distincts?
- c) (i) Les articles 23 et 15 de la *Charte* accordent-ils un droit de gestion ou de contrôle se rattachant aux droits prévus à l’article 23 concernant l’instruction en langue française et les établissements d’enseignement de la minorité linguistique?
- (ii) Dans l’affirmative, les dispositions des parties I, II et III de la *Loi sur les écoles publiques* concernant l’établissement des divisions et des districts scolaires, l’élection des

duties of school boards meet Manitoba's constitutional obligations with reference to such a right of management or control? If not, in what essential elements do the provisions fail to do so?

a

A majority of the Court of Appeal found that the rights guaranteed by s. 23(3)(b) of the *Charter* include a right to a distinct setting for the provision of minority language education but that neither s. 23 nor s. 15 of the *Charter* conferred on the linguistic minority any right of management and control. The Court of Appeal's judgment was handed down before *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342.

b

Held: The appeal should be allowed. Question (b) should be answered in the affirmative. Question (c)(i) should be answered in the affirmative on the basis of s. 23 of the *Charter*. Question (c)(ii) should be answered in the negative.

c

(1) *Mootness*

Despite the resolution of much of the substance of the reference in the decision of this Court in *Mahe*, this appeal is not moot. The Manitoba *Public Schools Act* has not been struck down, and *Mahe* did not determine how the rights guaranteed under s. 23 of the *Charter* must be interpreted in Manitoba. The constitutional questions as stated are within the scope of the original reference and, further, the Court of Appeal's decision is in conflict with *Mahe*.

c

d

e

f

g

h

i

j

membres des commissions scolaires et les attributions des commissions scolaires permettent-elles au Manitoba de remplir ses obligations en ce qui a trait à un tel droit de gestion ou de contrôle? Si ces dispositions ne permettent pas au Manitoba de remplir ses obligations constitutionnelles à cet égard, quels sont les éléments essentiels qui leur manquent?

La Cour d'appel à la majorité a conclu que les droits garantis par l'al. 23(3)b) de la *Charte* comprennent un droit à des lieux distincts pour l'instruction dans la langue de la minorité mais que ni l'art. 23 ni l'art. 15 de la *Charte* ne confèrent un droit de gestion et de contrôle à la minorité linguistique. La décision de la Cour d'appel a été rendue avant l'arrêt *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. La question b) reçoit une réponse affirmative. La question c)(i) reçoit une réponse affirmative sur le fondement de l'art. 23 de la *Charte*. La question c)(ii) reçoit une réponse négative.

(1) *Caractère théorique de la question*

Même si l'arrêt *Mahe* a en grande partie tranché les questions de fond soulevées dans le renvoi, le pourvoi ne revêt pas un caractère théorique. La *Loi sur les écoles publiques* du Manitoba n'a pas été annulée et l'arrêt *Mahe* n'établit pas comment les droits garantis par l'art. 23 de la *Charte* doivent être interprétés au Manitoba. Les questions constitutionnelles telles que formulées entrent dans le cadre visé par le renvoi initial et, de plus, la décision de la Cour d'appel est en contradiction avec l'arrêt *Mahe*.

(2) *Les questions constitutionnelles*

Le droit général à l'instruction garanti par l'art. 23 de la *Charte*, interprété dans le contexte de l'ensemble de l'article, exige que les établissements d'enseignement soient ceux du groupe linguistique minoritaire ou lui appartiennent, et il comprend le droit à des lieux ou établissements physiques distincts. Bien que la prestation de ces services culturels et d'enseignement comporte un droit général à des lieux physiques distincts, il n'est pas nécessaire de préciser pour l'instant comment satisfaire à cette exigence dans une situation donnée. Ce qui est requis dépend de considérations pédagogiques et financières. De toute évidence, les répercussions financières de la création d'établissements spécifiques varieront d'une région à l'autre. Il faut donc que l'examen de ce qui constitue des établissements appropriés au Manitoba ne soit entrepris qu'à l'égard de secteurs géographiques

cise of a full complement of the right to a distinct physical setting is related to the application of the “sliding-scale approach” developed by this Court in *Mahe*.

In accordance with the principles set out in *Mahe*, s. 23 of the *Charter* confers upon minority language parents a right to manage and control the educational facilities in which their children are taught. Under the “sliding-scale approach”, the degree of management and control depends on the number of actual or potential children who will eventually take advantage of the contemplated programme or facility.

The provisions of *The Public Schools Act* do not provide for the implementation of the rights of the linguistic minority in respect of their educational facilities, including appropriate mechanisms for management and control. This Court should be loath, however, to detail what legislation the Manitoba Government must enact in order to meet its constitutional obligations. Governments should have the widest possible discretion in selecting the institutional means by which their s. 23 obligations are to be met. Arrangements and structures which are prejudicial, hamper, or simply are not responsive to the needs of the minority, must be avoided and measures which encourage the development and use of minority language facilities should be considered and implemented. In Manitoba, even accepting the most conservative projections, the number of students who will eventually take advantage of the contemplated programme seem to fall clearly on the high end of the “sliding scale”. The number of potential French language students thus warrants the establishment of an independent French language school board in Manitoba under the exclusive management and control of the French language minority. The Government of Manitoba must, without delay, put into place both a regime and a system which permit the Francophone minority to exercise its rights effectively, taking into account the general requirements spelled out in *Mahe*.

Cases Cited

Applied: *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; **referred to:** *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Société des Acadiens du*

précis dans la province. Le plein exercice du droit à des lieux physiques distincts se rattache à l'application de la «méthode du critère variable» élaborée par notre Cour dans l'arrêt *Mahe*.

^a Conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Mahe*, l'art. 23 de la *Charte* confère aux parents appartenant à un groupe linguistique minoritaire un droit de gestion et de contrôle à l'égard des établissements d'enseignement que fréquentent leurs enfants. En vertu de la «méthode du critère variable», le degré de gestion et de contrôle dépend du nombre réel et potentiel d'enfants qui se prévaudront en définitive du programme ou de l'établissement envisagé.

^c Les dispositions de la *Loi sur les écoles publiques* ne prévoient pas la mise en œuvre des droits que possède la minorité linguistique relativement à ses établissements d'enseignement, ni d'ailleurs les mécanismes appropriés de gestion et de contrôle. Notre Cour devrait se garder de décrire précisément le genre de texte législatif que le gouvernement du Manitoba doit adopter pour satisfaire à ses obligations constitutionnelles. Les gouvernements devraient disposer du pouvoir discrétionnaire le plus vaste possible dans le choix des moyens institutionnels dont ils useront pour remplir leurs obligations en vertu de l'art. 23. Il faut éviter toutes dispositions et structures qui portent atteinte, font obstacle ou ne répondent tout simplement pas aux besoins de la minorité; il faudrait examiner et mettre en œuvre des mesures qui favorisent la création et l'utilisation d'établissements d'enseignement pour la minorité linguistique. Au Manitoba, même en acceptant les projections les plus conservatrices, le nombre d'élèves qui se prévaudront en définitive du programme envisagé semble clairement se situer vers le haut de l'échelle du «critère variable». Le nombre possible d'élèves de langue française justifie donc l'établissement d'un conseil scolaire de langue française autonome au Manitoba, dont la gestion et le contrôle appartiendront exclusivement à la minorité linguistique francophone. Le gouvernement du Manitoba doit, sans retard, mettre en place un régime et un système qui permettront à la minorité francophone d'exercer pleinement ses droits, compte tenu des exigences générales formulées dans l'arrêt *Mahe*.

ⁱ Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; **arrêts mentionnés:** *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S.

Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education, [1986] 1 S.C.R. 549; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 23, 27.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Public Schools Act, R.S.M. 1987, c. P250, s. 79(3), (4), (7).

Authors Cited

Green, Maurice A. "The Continuing Saga of Litigation: Minority Language Instruction" (1990-91), 3 *Education & Law Journal* 204.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough: Carswell, 1992 (loose-leaf).
 Nicholls, Glenn, and Guy L. Roy. *A Report on Major Developments in French-language Education in Manitoba from 1970 to 1987*. Winnipeg: Department of Education, July 18, 1988.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1990), 64 Man. R. (2d) 1, 67 D.L.R. (4th) 488, [1990] 2 W.W.R. 289, concerning the validity of certain provisions of the Manitoba *Public Schools Act*. Appeal allowed.

Laurent J. Roy, Q.C., and *Michel L. J. Chartier*, for the appellant and the intervener the Conseil jeunesse provincial Inc.

Marva J. Smith and *Deborah Carlson*, for the respondent.

Warren J. Newman and *Jean-Charles Ducharme*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michel Bastarache, for the interveners the Société franco-manitobaine and the Commission nationale des parents francophones.

François Dumaine, for the intervener the Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada.

712; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 23, 27.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur les écoles publiques, L.R.M. 1987, ch. P250, art. 79(3), (4), (7).

Doctrines citées

Green, Maurice A. «The Continuing Saga of Litigation: Minority Language Instruction» (1990-91), 3 *Education & Law Journal* 204.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough: Carswell, 1992 (loose-leaf).
 Nicholls, Glenn, and Guy L. Roy. *A Report on Major Developments in French-language Education in Manitoba from 1970 to 1987*. Winnipeg: Department of Education, July 18, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1990), 64 Man. R. (2d) 1, 67 D.L.R. (4th) 488, [1990] 2 W.W.R. 289, concernant la validité de certaines dispositions de la *Loi sur les écoles publiques* du Manitoba. Pourvoi accueilli.

Laurent J. Roy, c.r., et *Michel L. J. Chartier*, pour l'appelante et l'intervenant le Conseil jeunesse provincial Inc.

Marva J. Smith et *Deborah Carlson*, pour l'intimé.

Warren J. Newman et *Jean-Charles Ducharme*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Michel Bastarache, pour les intervenantes la Société franco-manitobaine et la Commission nationale des parents francophones.

François Dumaine, pour l'intervenante la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada.

Stephen B. Acker, for the intervener the Commissioner of Official Languages.

Stephen B. Acker, pour l'intervenant le Commissaire aux langues officielles.

The judgment of the Court was delivered by

Le jugement de la Cour a été rendu par

LAMER C.J.—This case involves a constitutional reference to determine whether certain provisions in Manitoba's *Public Schools Act*, R.S.M. 1987, c. P250, conform with s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

LE JUGE EN CHEF LAMER—Il s'agit d'un renvoi de nature constitutionnelle visant à déterminer si certaines dispositions de la *Loi sur les écoles publiques* du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. P250, sont compatibles avec l'art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Facts

Les faits

On September 1986, the appellant, Fédération provinciale des comités de parents Inc., along with certain individual co-plaintiffs, filed a statement of claim in the Manitoba Court of Queen's Bench, requesting relief pursuant to s. 23 of the *Charter*. The appellant eventually agreed to proceed by way of a reference.

Le 26 septembre 1986, l'appelante, la Fédération provinciale des comités de parents Inc., et certains codemandeurs, ont déposé une déclaration devant la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, demandant une réparation conformément à l'art. 23 de la *Charte*. Par la suite, l'appelante a accepté de procéder par renvoi.

By Order in Council dated January 20, 1988, the Lieutenant Governor in Council of Manitoba referred three questions to the Manitoba Court of Appeal concerning the constitutional validity of ss. 79(3), 79(4) and 79(7) of *The Public Schools Act* in light of ss. 15 and 23 of the *Charter*:

Par décret en date du 20 janvier 1988, le lieutenant-gouverneur en conseil du Manitoba a soumis par renvoi trois questions ayant trait à la validité constitutionnelle des par. 79(3), 79(4) et 79(7) de la *Loi sur les écoles publiques* par rapport aux art. 15 et 23 de la *Charte*:

(a) (i) Does the combined effect of section 79(3) and 79(4) and 79(7) of *The Public Schools Act* meet Manitoba's Constitutional obligations pursuant to section 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, insofar as the number of students entitled to instruction in the minority language is concerned?

a) (i) La portée globale des paragraphes 79(3), 79(4) et 79(7) de la *Loi sur les écoles publiques* permet-elle au Manitoba, en ce qui concerne le nombre d'enfants qui ont le droit de recevoir leur instruction dans la langue de la minorité, de remplir les obligations constitutionnelles prévues à l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

(ii) If the combined effect of those subsections do not meet these obligations,

(ii) Dans la négative:

(aa) may the legislature specify any number as either a minimum number or guideline for the provision of French language instruction; or

(aa) la Législature peut-elle fixer, à titre de norme obligatoire ou de directive, un nombre minimum d'élèves à atteindre pour donner droit à l'instruction en français?

(bb) may the legislature delegate the determination of a minimum number or whether numbers warrant the provision of instruction, to a school board, minister or other body?

(bb) la Législature peut-elle confier à une commission scolaire, au ministre ou à un autre organisme la tâche de fixer le nombre minimum d'élèves ou de décider si le nombre d'élèves est suffisant pour justifier la prestation de l'instruction en français?

- (b) What does the right to have one's children receive instruction "in minority language educational facilities" guaranteed by section 23(3)(b) of the *Charter* mean? In particular, does it include the right to have one's children receive instruction in a distinct physical setting? *a*
- (c) (i) Do section 23 and section 15 of the *Charter* grant any right of management or control in connection with section 23's guarantees of French language instruction and facilities? *b*
- (ii) If so, do the provisions in Part I, II, and III of *The Public Schools Act* concerning the formation of school divisions and districts, the election of school boards, and the powers and duties of school boards meet Manitoba's constitutional obligations with reference to such a right of management or control? If not, in what essential elements do the provisions fail to do so? *c*
- (b) En quoi consiste le droit de faire instruire ses enfants «dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique» garanti par l'alinéa 23(3)b de la *Charte*? Ce droit comprend-il plus particulièrement le droit de faire instruire ses enfants dans des lieux physiques distincts? *a*
- (c) (i) Les articles 23 et 15 de la *Charte* accordent-ils un droit de gestion ou de contrôle se rattachant aux droits prévus à l'article 23 concernant l'instruction en langue française et les établissements d'enseignement de la minorité linguistique? *b*
- (ii) Dans l'affirmative, les dispositions des parties I, II et III de la *Loi sur les écoles publiques* concernant l'établissement des divisions et des districts scolaires, l'élection des membres des commissions scolaires et les attributions des commissions scolaires permettent-elles au Manitoba de remplir ses obligations en ce qui a trait à un tel droit de gestion ou de contrôle? Si ces dispositions ne permettent pas au Manitoba de remplir ses obligations constitutionnelles à cet égard, quels sont les éléments essentiels qui leur manquent? *c*

On February 6, 1990, the Manitoba Court of Appeal rendered its decision on the reference: 64 Man. R. (2d) 1, 67 D.L.R. (4th) 488, [1990] 2 W.W.R. 289 (hereinafter cited to Man. R.). A majority of four judges of the court found that constitutional minority rights include the right to a distinct setting for the provision of minority language education. Monnin C.J. took the position that s. 23 of the *Charter* did not confer any right of management and control on the linguistic minority, but that s. 15 of the *Charter* did do so. The four other justices held that neither s. 23 nor s. 15 conferred such a right. *e*

On February 21, 1990, the appellant Fédération provinciale des comités de parents Inc. filed its notice of appeal in this Court, appealing the decision of the Manitoba Court of Appeal on questions (b) and (c) of the reference. *f*

On March 15, 1990, this Court (in a unanimous judgment by Dickson C.J., for Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.) released its judgment in *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342. The Court decided in *Mahe* that s. 23 of the *Charter* does confer upon minority language *g*

Le 6 février 1990, la Cour d'appel du Manitoba a rendu sa décision sur le renvoi: 64 Man. R. (2d) 1, 67 D.L.R. (4th) 488, [1990] 2 W.W.R. 289 (ci-après cité aux Man. R.). Quatre des cinq juges de la cour ont conclu que les droits constitutionnels de la minorité comprennent le droit à des lieux distincts pour l'instruction dans la langue de la minorité. Le juge en chef Monnin a exprimé l'avis que l'art. 23 de la *Charte* ne confère aucun droit de gestion et de contrôle à la minorité linguistique, mais que l'art. 15 le fait. Les quatre autres juges ont conclu que ni l'art. 23 ni l'art. 15 ne confèrent ce droit. *f*

Le 21 février 1990, la Fédération provinciale des comités de parents Inc. déposait un avis d'appel devant notre Cour contre la décision de la Cour d'appel du Manitoba concernant les questions b) et c) du renvoi. *g*

Le 15 mars 1990, notre Cour (dans un arrêt unanime prononcé par le juge en chef Dickson, au nom des juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory) a rendu l'arrêt *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342. Dans cet arrêt, notre Cour a décidé que l'art. 23 de la *Charte* *h*

parents a right to management and control over the educational facilities in which their children are taught.

The Relevant Statutory Provisions

The Public Schools Act, R.S.M. 1987, c. P250

79(3) Where in any school division or school district, there are 23 or more pupils who may be grouped in a class for instruction and whose parents desire them to be instructed in a class in which English or French is used as the language of instruction, the school board shall group those pupils, and upon petition of the parents of those pupils requesting the use of English or French, as the case may be, as the language of instruction in respect of those pupils, the school board shall group those pupils in a class for instruction and provide for the use of English or French, as the case may be, as the language of instruction in the class.

79(4) Where the number of pupils concerned is less than the numbers mentioned in subsection (3) as requirements for the application of that subsection, the minister may require the school board to make arrangements for the use of English or French as the language of instruction in any class.

. . .

79(7) A school board may enter into an agreement with another school board for providing jointly classes in which the language used for instruction is English or French, as the case may be, and the pupils in those classes may be included in the numbers required to meet the requirements of any provision of this section or the regulations.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race,

confère aux parents appartenant à un groupe linguistique minoritaire un droit de gestion et de contrôle à l'égard des établissements d'enseignement que fréquentent leurs enfants.

Les dispositions législatives

Loi sur les écoles publiques, L.R.M. 1987, ch. P250

79(3) Lorsque dans une division ou un district scolaire, il y a 23 élèves ou plus qui peuvent être regroupés dans une classe et dont les parents veulent qu'ils reçoivent l'enseignement dans une classe où l'anglais ou le français est utilisé comme langue d'enseignement, la commission scolaire doit regrouper ces élèves. Sur requête des parents de ces élèves demandant l'usage de l'anglais ou du français, selon le cas, comme langue d'enseignement, la commission scolaire doit regrouper ces élèves dans une classe pour l'enseignement et pourvoir à l'usage de l'anglais ou du français, selon le cas, comme langue d'enseignement dans cette classe.

79(4) Lorsque le nombre d'élèves impliqués est inférieur au minimum prévu par le paragraphe (3) pour que celui-ci s'applique, le ministre peut demander à la commission scolaire de prendre des mesures pour que l'anglais ou le français soit utilisé comme langue d'enseignement dans une classe.

. . .

79(7) Une commission scolaire peut conclure une entente avec une autre commission scolaire pour fournir conjointement des classes où la langue utilisée pour l'enseignement est l'anglais ou le français, selon le cas, et les élèves de ces classes peuvent être compris dans le nombre requis pour rencontrer les exigences d'une disposition du présent article ou des règlements.

Charte canadienne des droits et libertés

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou

national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

23. (1) Citizens of Canada

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

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

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

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

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

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

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

Constitutional Questions

On June 23, 1992, Gonthier J. made an order stating the constitutional questions, comprising questions (b) and (c) of the original reference:

1. What does the right to have one's children receive instruction "in minority language educational facilities" guaranteed by s. 23(3)(b) of the *Charter* mean? In particular, does it include the right to have one's children receive instruction in a distinct physical setting?

a

23. (1) Les citoyens canadiens:

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

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

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

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

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

f

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

g

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

h Les questions constitutionnelles

Le 23 juin 1992, le juge Gonthier rendait une ordonnance énonçant les questions constitutionnelles qui correspondent aux questions b) et c) du renvoi initial:

i

1. En quoi consiste le droit de faire instruire ses enfants «dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique» garanti par l'al. 23(3)b) de la *Charte*? Ce droit comprend-il plus particulièrement le droit de faire instruire ses enfants dans des lieux physiques distincts?

2. (i) Do s. 23 and s. 15 of the *Charter* grant any right of management or control in connection with s. 23's guarantees of French language instruction and facilities?

(ii) If so, do the provisions in Part I, II and III of *The Public Schools Act* concerning the formation of school divisions and districts, the election of school boards, and the powers and duties of school boards meet Manitoba's constitutional obligations with reference to such a right of management or control? If not, in what essential elements do the provisions fail to do so?

Mootness

The respondent advanced the argument before the Court that it should refuse to answer the constitutional questions as stated, both because the issues they address have, to a large extent, been resolved by the *Mahe* decision, and due to the insufficient factual underpinning with which to resolve the issues not directly addressed by *Mahe*.

In *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, this Court held that when a previous judgment strikes down the legislative basis for an appeal, it may become moot. Further, in the *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445, the Court held that it may refuse to answer constitutional questions if they are outside the scope of the reference.

A court's exercise in interpreting legislation, however, differs from striking down legislation; the Manitoba *Public Schools Act* has not been struck down, and the decision in *Mahe* does not determine how the rights guaranteed under s. 23 of the *Charter* must be interpreted in Manitoba. The constitutional questions as stated remain within the scope of the original reference, and, further, the decision of the Manitoba Court of Appeal in this case, handed down before *Mahe*, remains in conflict with this Court's decision in that case.

2. (i) Les articles 23 et 15 de la *Charte* accordent-ils un droit de gestion ou de contrôle se rattachant aux droits prévus à l'art. 23 concernant l'instruction en langue française et les établissements d'enseignement de la minorité linguistique?

(ii) Dans l'affirmative, les dispositions des parties I, II et III de la *Loi sur les écoles publiques* concernant l'établissement des divisions et des districts scolaires, l'élection des membres des commissions scolaires et les attributions des commissions scolaires permettent-elles au Manitoba de remplir ses obligations en ce qui a trait à un tel droit de gestion ou de contrôle? Si ces dispositions ne permettent pas au Manitoba de remplir ses obligations constitutionnelles à cet égard, quels sont les éléments essentiels qui leur manquent?

Caractère théorique de la question

L'intimé a soutenu que notre Cour devrait refuser de répondre aux questions constitutionnelles dans leur formulation actuelle parce que les points qu'elles soulèvent ont en grande partie été tranchés par l'arrêt *Mahe* et que les faits à l'appui ne sont pas suffisants pour résoudre les points qui n'ont pas été directement examinés dans *Mahe*.

Dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, notre Cour a statué que, dans le cas où un tribunal annule le fondement législatif d'un appel, celui-ci peut devenir théorique. Par ailleurs, dans le *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445, notre Cour a affirmé pouvoir refuser de répondre à des questions constitutionnelles qui sortent du cadre visé par le renvoi.

Toutefois, l'interprétation judiciaire d'une loi diffère de l'annulation d'une loi; la *Loi sur les écoles publiques* du Manitoba n'a pas été annulée et l'arrêt *Mahe* n'établit pas comment les droits garantis par l'art. 23 de la *Charte* doivent être interprétés au Manitoba. Les questions constitutionnelles telles que formulées demeurent dans le cadre visé par le renvoi initial et, de plus, la décision de la Cour d'appel du Manitoba en l'espèce, rendue avant l'arrêt *Mahe* de notre Cour, est en contradiction avec ce dernier.

Jurisprudence on Section 23

Having decided to proceed and answer the constitutional questions, the resolution of the questions stated in this reference requires solutions that are both consistent with the requirements and purpose of the statute and a logical outgrowth of the jurisprudence in *Mahe*. *Mahe* suggests the general contours of the approach that this Court has determined is appropriate to the interpretation of s. 23; in order to answer this reference, it is necessary to specify more precisely the content of those rights in the province of Manitoba.

1. *Mahe*

This Court has laid out the following general framework for the interpretation of s. 23 in *Mahe*. The Court stated that the general purpose of s. 23 of the *Charter* is to preserve and promote the two official languages of Canada, and their respective cultures, by ensuring that each language flourishes, as far as possible, in provinces where it is not spoken by the majority of the inhabitants. The rationale expressed for the specific guarantees of educational rights founded on language links the preservation of a culture with the presence of minority language schools (at p. 362) *per* Dickson C.J., for the Court:

My reference to cultures is significant: it is based on the fact that any broad guarantee of language rights, especially in the context of education, cannot be separated from a concern for the culture associated with the language.

Dickson C.J. also made reference to the additional benefits that flow from the provision of minority schools (at p. 363):

In addition, it is worth noting that minority schools themselves provide community centres where the promotion and preservation of minority language culture can occur; they provide needed locations where the minority community can meet and facilities which they can use to express their culture.

The method chosen to advance this goal in s. 23 is to confer upon minority language parents the

La jurisprudence concernant l'art. 23

Puisque nous avons décidé de répondre aux questions constitutionnelles, la réponse aux questions formulées dans ce renvoi requiert des solutions qui soient à la fois compatibles avec les exigences et l'objet de la loi et une suite logique de l'arrêt *Mahe*. Cet arrêt présente la démarche générale que notre Cour estime applicable à l'interprétation de l'art. 23; pour répondre au présent renvoi, nous devons préciser davantage le contenu de ces droits dans la province du Manitoba.

c 1. *L'arrêt Mahe*

Notre Cour a formulé dans l'arrêt *Mahe* la méthode générale d'interprétation de l'art. 23. La Cour a précisé que l'objet général de l'art. 23 de la *Charte* est de maintenir les deux langues officielles du Canada et les cultures qu'elles représentent, et de favoriser l'épanouissement de chacune de ces langues, dans la mesure du possible, dans les provinces où elle n'est pas parlée par la majorité. La raison d'être des garanties spécifiques de droits fondés sur la langue dans le domaine de l'éducation lie la préservation d'une culture à l'existence d'écoles pour la minorité linguistique, comme l'affirme le juge en chef Dickson, au nom de la Cour, à la p. 362:

Mon allusion à la culture est importante, car il est de fait que toute garantie générale de droits linguistiques, surtout dans le domaine de l'éducation, est indissociable d'une préoccupation à l'égard de la culture véhiculée par la langue en question.

Le juge en chef Dickson a également parlé des avantages additionnels qui découlent de l'établissement d'écoles de la minorité (à la p. 363):

Il convient de faire remarquer en outre que les écoles de la minorité servent elles-mêmes de centres communautaires qui peuvent favoriser l'épanouissement de la culture de la minorité linguistique et assurer sa préservation. Ce sont des lieux de rencontre dont les membres de la minorité ont besoin, des locaux où ils peuvent donner expression à leur culture.

Pour atteindre cet objectif, l'art. 23 confère aux parents appartenant à un groupe linguistique mino-

right to have their children educated in their maternal language, French or English, as the case may be. The legislative structure sets out a general right to all such parents in ss. 23(1) and 23(2), qualified by s. 23(3). As the Court held (at p. 365):

... the right to instruction is only guaranteed where the "number of children" warrants, while para. (b) further qualifies the general right to instruction by adding that where numbers warrant it includes a right to "minority language educational facilities". In my view, subs. (3)(b) is included in order to indicate the upper range of possible institutional requirements which may be mandated by s. 23. . . .

The result is a "sliding scale" of requirements, depending on the number of students to be served. That is to say, what is required in any case will depend on what the numbers warrant; the relevant figure for the purposes of determining "what the numbers warrant" is the number of persons who can eventually be expected to take advantage of a given programme or facility. The factors to be considered in determining what s. 23 demands in a particular situation are (a) the pedagogical services which are appropriate for the number of students involved and (b) the cost of the contemplated services. However, as mentioned in *Mahe* (at p. 385): "the remedial nature of s. 23 suggests that pedagogical considerations will have more weight than financial requirements in determining whether numbers warrant".

2. General Interpretative Principles

Several interpretative guidelines are endorsed in *Mahe* for the purposes of defining s. 23 rights. Firstly, courts should take a purposive approach to interpreting the rights. Therefore, in accordance with the purpose of the right as defined in *Mahe*, the answers to the questions should ideally be guided by that which will most effectively encourage the flourishing and preservation of the French-language minority in the province. Secondly, the right should be construed remedially, in recognition of previous injustices that have gone unredressed and which have required the entrenchment of protection for minority language rights. As

ritaire le droit de faire instruire leurs enfants dans leur langue maternelle, en français ou en anglais, selon le cas. Les paragraphes 23(1) et (2) accordent un droit général aux parents dans cette situation et le par. 23(3) y apporte des précisions. Comme l'affirme notre Cour (à la p. 365):

... le droit à l'instruction n'est garanti que lorsque le «nombre des enfants» le justifie, tandis que l'al. b) précise davantage le droit général à l'instruction en édictant que, si le nombre le justifie, ce droit comprend le droit à des «établissements d'enseignement de la minorité linguistique». À mon avis, l'al. (3)b) a été inclus à titre d'indication de la gamme supérieure d'exigences institutionnelles que peut imposer l'art. 23 . . .

Il en résulte des exigences «variables» selon le nombre d'élèves à desservir. Autrement dit, ce qui est requis dans chaque cas dépend de ce que le «nombre justifie». À cette fin, le chiffre pertinent est le nombre de personnes qui se prévaudront finalement du programme ou de l'établissement envisagés. Deux facteurs doivent être pris en considération pour déterminer les exigences de l'art. 23 dans une situation particulière: a) les services pédagogiques appropriés, compte tenu du nombre d'élèves visés, et b) le coût des services envisagés. Toutefois, selon l'arrêt *Mahe* (à la p. 385): «le caractère réparateur de l'art. 23 laisse entendre que les considérations pédagogiques pèseront plus lourd que les exigences financières quand il s'agira de déterminer si le nombre d'élèves justifie la prestation des services concernés».

2. Les principes généraux d'interprétation

L'arrêt *Mahe* entérine plusieurs principes d'interprétation aux fins de définir les droits garantis par l'art. 23. Premièrement, les tribunaux devraient adopter une analyse fondée sur l'objet lorsqu'ils interprètent les droits. En conséquence, conformément à l'objet du droit défini dans l'arrêt *Mahe*, les réponses aux questions devraient idéalement être formulées en fonction de ce qui favorisera le mieux l'épanouissement et la préservation de la minorité linguistique francophone dans la province. Deuxièmement, le droit conféré devrait être interprété d'une façon réparatrice, compte tenu des injustices passées qui n'ont pas été redressées et

M. A. Green observed in “The Continuing Saga of Litigation: Minority Language Instruction” (1990-91), 3 *Education & Law Journal* 204, at pp. 211-12:

The Court conceded that the majority cannot be expected to understand and appreciate all of the diverse ways in which educational practices may influence the language and culture of the minority, and thus if section 23 is to remedy past injustices and ensure that they are not repeated in the future, it is important that the minority have a measure of control over both facilities and instruction.

In passing, one should note, as this Court held in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 777-78, that the focus on the historical context of language and culture indicates that different interpretative approaches may well have to be taken in different jurisdictions, sensitive to the unique blend of linguistic dynamics that have developed in each province.

Another principle that is very important to bear in mind in the resolution of the questions is the fact that language rights are of a fundamentally different nature than the other rights protected by the *Charter*. Beetz J., speaking for a majority of the Court, made the following observation in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549 (at p. 578):

Unlike language rights which are based on political compromise, legal rights tend to be seminal in nature because they are rooted in principle. Some of them, such as the one expressed in s. 7 of the *Charter*, are so broad as to call for frequent judicial determination.

Language rights, on the other hand, although some of them have been enlarged and incorporated into the *Charter*, remain nonetheless founded on political compromise.

This essential difference between the two types of rights dictates a distinct judicial approach with respect to each. More particularly, the courts should pause

qui ont nécessité l'enchâssement de la protection des droits linguistiques de la minorité. Comme le fait observer M. A. Green, dans «The Continuing Saga of Litigation: Minority Language Instruction» (1990-91), 3 *Education & Law Journal* 204, aux pp. 211 et 212:

[TRADUCTION] La Cour a admis que l'on ne peut attendre de la majorité qu'elle comprenne et évalue les diverses façons dont les méthodes d'instruction peuvent influencer sur la langue et la culture de la minorité, et par conséquent, si l'article 23 doit redresser les injustices du passé et garantir qu'elles ne se répètent pas dans l'avenir, il importe que les minorités aient une certaine mesure de contrôle sur les établissements d'enseignement et l'instruction.

Il faut noter en passant, comme l'a indiqué notre Cour dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux pp. 777 et 778, que l'accent mis sur le contexte historique de la langue et de la culture indique qu'il peut bien être nécessaire d'adopter des méthodes d'interprétation différentes dans divers ressorts qui tiennent compte de la dynamique linguistique particulière à chaque province.

Un autre principe important dont il faut se rappeler pour répondre aux questions tient à ce que les droits linguistiques sont fondamentalement différents des autres droits garantis par la *Charte*. Le juge Beetz, au nom de la majorité de notre Cour, a fait le commentaire suivant dans l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549 (à la p. 578):

À la différence des droits linguistiques qui sont fondés sur un compromis politique, les garanties juridiques tendent à être de nature plus féconde parce qu'elles se fondent sur des principes. Certaines d'entre elles, par exemple celle énoncée à l'art. 7 de la *Charte*, sont formulées de manière si large que les tribunaux seront souvent appelés à les interpréter.

D'autre part, même si certains d'entre eux ont été élargis et incorporés dans la *Charte*, les droits linguistiques ne reposent pas moins sur un compromis politique.

Cette différence essentielle entre les deux types de droits impose aux tribunaux une façon distincte d'aborder chacun. Plus particulièrement, les tribunaux

before they decide to act as instruments of change with respect to language rights. This is not to say that language rights provisions are cast in stone and should remain immune altogether from judicial interpretation. But, in my opinion, the courts should approach them with more restraint than they would in construing legal rights.

The constitutional history of this conceptual distinction can be traced through the jurisprudence on language rights to the following statement by Wilson J. in *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at p. 1176, that “it must still be open to the Court to breathe life into a compromise that is clearly expressed”. The Court in *Mahe*, at p. 365, accepted the distinction between language and other legal rights and noted the difference in origin and form of the two rights, holding that while positive obligations were placed on governments to alter or develop major institutional structures, prudent interpretation of the section is wise.

Finally, before turning to the constitutional questions, it is also important to recall that, as the Court determined in *Mahe*, there is no right to a particular legislative scheme flowing from the *Charter*, but rather a right to a type of educational system (at p. 392).

Question (b)

What does the right to have one’s children receive instruction “in minority language educational facilities” guaranteed by section 23(3)(b) of the *Charter* mean? In particular, does it include the right to have one’s children receive instruction in a distinct physical setting?

The Court held in *Mahe* that the number of students in the Edmonton area justified, on both the pedagogical and financial criteria, the creation of an independent school, as well as the development of a continuing course of primary and secondary education.

devraient hésiter à servir d’instruments de changement dans le domaine des droits linguistiques. Cela ne veut pas dire que les dispositions relatives aux droits linguistiques sont immuables et qu’elles doivent échapper à toute interprétation par les tribunaux. Je crois cependant que les tribunaux doivent les aborder avec plus de retenue qu’ils ne le feraient en interprétant des garanties juridiques.

Dans la jurisprudence en matière de droits linguistiques, l’historique constitutionnel de cette distinction conceptuelle se poursuit dans la remarque suivante du juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, à la p. 1176: «il doit tout de même être loisible à la Cour d’insuffler la vie à un compromis clairement exprimé». Dans *Mahe*, à la p. 365, notre Cour accepte la distinction entre les droits linguistiques et les autres garanties juridiques et souligne leur différence d’origine et de forme affirmant que, si sont imposées au gouvernement des obligations positives de changer ou de créer d’importantes structures institutionnelles, il y a lieu d’être prudent dans l’interprétation de l’article.

Enfin, avant d’aborder les questions constitutionnelles, il faut également rappeler que notre Cour a établi dans l’arrêt *Mahe* que la *Charte* ne confère pas un droit à un régime législatif particulier, mais un droit à un certain type de système d’éducation (à la p. 392).

Question b)

En quoi consiste le droit de faire instruire ses enfants «dans des établissements d’enseignement de la minorité linguistique» garanti par l’alinéa 23(3)b) de la *Charte*? Ce droit comprend-il plus particulièrement le droit de faire instruire ses enfants dans des lieux physiques distincts?

Notre Cour a statué dans l’arrêt *Mahe* qu’il y avait dans la région d’Edmonton un nombre suffisant d’élèves pour justifier, aussi bien sur le plan pédagogique que sur le plan financier, la création d’une école indépendante, ainsi que la fourniture d’un programme permanent d’instruction aux niveaux primaire et secondaire.

The most significant statement by the Court in *Mahe* for the purposes of determining if there is a right to a distinct physical structure is that the term “facilities” should not be interpreted as a reference to physical structures alone. The relevant passage is the following (at pp. 369-70):

In my view, the words of s. 23(3)(b) are consistent with and supportive of the conclusion that s. 23 mandates, where the numbers warrant, a measure of management and control. Consider, first, the words of subs. (3)(b) in the context of the entire section. Instruction must take place somewhere and accordingly the right to “instruction” includes an implicit right to be instructed in facilities. If the term “minority language educational facilities” is not viewed as encompassing a degree of management and control, then there would not appear to be any purpose in including it in s. 23. This common sense conclusion militates against interpreting “facilities” as a reference to physical structures. Indeed, once the sliding scale approach is accepted it becomes unnecessary to focus too intently upon the word “facilities”. Rather, the text of s. 23 supports viewing the entire term “minority language educational facilities” as setting out an upper level of management and control. [Emphasis added.]

The statement that it is unnecessary to focus on facilities suggests that any entitlement to facilities is a subsidiary matter, flowing from the level of management and control mandated on a particular set of facts. It was accepted that the delivery of educational services would vary with the circumstances (*Mahe*, at p. 367). The rationale behind the “sliding scale” approach to s. 23 is that it “guarantees whatever type and level of rights and services is appropriate” to the number of students involved (at p. 366). In the context of its discussion of “management and control”, the Court held that where the numbers do not warrant granting the maximum degree of management control and thus the creation of a separate school board, among other things (at p. 377):

(3) The minority language representatives [on majority dominated school boards] should have exclusive authority to make decisions relating to the minority language instruction and facilities, including:

En ce qui concerne l’existence d’un droit à des lieux physiques distincts, l’énoncé le plus important dans l’arrêt *Mahe* est qu’il ne faut pas, dans l’interprétation du terme «établissement», considérer qu’il s’agit seulement de bâtiments. Voici le passage en question (aux pp. 369 et 370):

À mon avis, le texte de l’al. 23(3)b) est compatible avec la conclusion que l’art. 23 accorde, lorsque le nombre le justifie, une certaine mesure de gestion et de contrôle, et il étaye cette conclusion. Prenons d’abord l’al. (3)b) dans le contexte de l’article au complet. L’instruction doit avoir lieu quelque part et il s’ensuit que le droit à «l’instruction» comprend un droit implicite d’être instruit dans des établissements. Si l’expression «établissements d’enseignement de la minorité linguistique» n’est pas considérée comme englobant un certain degré de gestion et de contrôle, son inclusion dans l’art. 23 est dès lors sans objet. Cette conclusion que dicte le bon sens milite contre une interprétation selon laquelle le mot «établissements» désigne des bâtiments. En fait, dès lors que l’on accepte la méthode du critère variable, il n’est plus nécessaire de trop centrer l’attention sur le mot «établissements». Le texte de l’art. 23 justifie plutôt de considérer que l’ensemble de l’expression «établissements d’enseignement de la minorité linguistique» fixe un niveau supérieur de gestion et de contrôle. [Je souligne.]

L’affirmation selon laquelle il n’est pas nécessaire de centrer l’attention sur le mot «établissements» indique que le droit à des établissements est une question accessoire découlant du degré de gestion et de contrôle exigé dans une situation donnée. Il est accepté que la prestation de services d’enseignement varierait en fonction des circonstances (arrêt *Mahe*, à la p. 367). L’utilité d’un «critère variable» applicable à l’art. 23 tient à ce qu’il «garantit le type et le niveau de droits et de services qui sont appropriés» pour le nombre d’élèves en cause (à la p. 366). Dans le contexte de son analyse de la «gestion et du contrôle», notre Cour a conclu que lorsque les chiffres ne justifient pas le niveau maximum de gestion et de contrôle, et donc la création d’un conseil scolaire distinct, (à la p. 377):

(3) Les représentants de la minorité linguistique [au sein de conseils scolaires où la majorité prédomine] devraient avoir le pouvoir exclusif de prendre des décisions concernant l’instruction dans sa langue et les établissements où elle est dispensée, notamment:

(a) expenditures of funds provided for such instruction and facilities; . . .

a) les dépenses de fonds prévus pour cette instruction et ces établissements; . . .

There may exist a degree of ambiguity in *Mahe* as to whether the text of s. 23(3)(b) refers to “facilities of the minority” or “facilities for the minority”. In *Mahe*, the Court accepted the proposition that such facilities in fact must “belong” to the linguistic minority, and that a measure of management and control accordingly flows to that minority (at p. 370):

Il peut exister une certaine ambiguïté dans l’arrêt *Mahe* quant à savoir si le texte de l’al. 23(3)b) vise des «établissements de la minorité» ou des «établissements pour la minorité». Dans l’arrêt *Mahe*, notre Cour a accepté la proposition que ces établissements doivent «appartenir» à la minorité linguistique, et que celle-ci devrait avoir une certaine mesure de gestion et de contrôle (à la p. 370):

The underlined phrase in the French text—which utilizes the possessive “*de la*”—is more strongly suggestive than the English text that the facilities belong to the minority and hence that a measure of management and control should go to the linguistic minority in respect of educational facilities. [Emphasis in original.]

L’expression soulignée dans le texte français, qui emploie la préposition «de», indique plus clairement que le texte anglais que les établissements appartiennent à la minorité et que la minorité linguistique devrait donc avoir à l’égard des établissements d’enseignement une certaine mesure de gestion et de contrôle. [Souligné dans l’original.]

Finally, the Court held that the phrase “where numbers warrant” does not provide an explicit standard that can be used to determine the appropriate facilities in every given situation (at p. 385). A rigid formula for implementing s. 23 is therefore to be avoided.

Enfin, notre Cour a affirmé que la notion de «nombre suffisant pour justifier» ne fournit pas aux tribunaux une norme explicite dont ils peuvent se servir pour déterminer quels doivent être les établissements appropriés dans chaque situation donnée (à la p. 385). Il faut donc éviter une formule rigide de mise en œuvre de l’art. 23.

Once the threshold of entitlement to minority language education is met, if “minority language educational facilities” are, as determined in *Mahe*, to “belong” to s. 23 parents in any meaningful sense as opposed to merely being “for” those parents, it is reasonable that those parents must have some measure of control over the space in which the education takes place. As a space must have defined limits that make it susceptible to control by the minority language education group, an entitlement to facilities that are in a distinct physical setting would seem to follow. As *Twaddle J.A.* held in the court below (at p. 112):

Une fois franchi le seuil établissant le droit à l’instruction dans la langue de la minorité, s’il faut que les «établissements d’enseignement de la minorité», comme l’indique l’arrêt *Mahe*, «appartiennent» de façon significative aux parents visés à l’art. 23 au lieu d’être simplement «pour» les parents en question, il est raisonnable qu’ils exercent une certaine mesure de contrôle sur les locaux où l’instruction est offerte. Comme des locaux doivent avoir des limites précises pour être placés sous le contrôle du groupe linguistique minoritaire, il semblerait s’ensuivre un droit à des établissements dans des lieux physiques distincts. Comme l’a affirmé le juge *Twaddle* de la Cour d’appel (à la p. 112):

To be “of the minority” (“*de la minorité*”), the facilities should be, as far as is reasonably possible, distinct from those in which English-language education is offered. I do not question the importance of milieu in education. In the playground and in extra-curricular activities, as well as in the classroom, French-speaking pupils should be immersed in French. The facility should be adminis-

[TRADUCTION] Pour être ceux «de la minorité», les établissements devraient être, dans la mesure du possible, distincts par rapport à ceux dans lesquels l’instruction en anglais est offerte. Je ne mets pas en doute l’importance du milieu dans le domaine de l’éducation. Les élèves de langue française devraient vivre en français dans la cour de récréation, à l’occasion des activités

tered and operated in that language, right down to the posters on the wall.

Such a finding would also be consistent with the recognition that minority schools play a valuable role as cultural centres as well as educational institutions. While this Court in *Mahe* did not explicitly refer to distinct physical settings in its discussion on schools as cultural centres, it seems reasonable to infer that some distinctiveness in the physical setting is required to successfully fulfil this role. In my view, the overall objectives of s. 23 expressed in the reasons in *Mahe* as a whole support such a conclusion.

Further, there appeared to be no disagreement between the parties in this case that s. 23 includes a right to a distinct physical setting when the question was before the Court of Appeal (see the reasons of Monnin C.J., at pp. 54-55, and O'Sullivan J.A., at p. 84). It was the position of the Attorney General of Manitoba that the current network of Francophone schools in the province constituted "minority language educational facilities" for the purposes of the *Charter* (see reasons of Monnin C.J., at p. 54). The reality in the province appears to be that minority language is delivered, and has a history of being delivered, in distinct and separate facilities because for the most part the desire for the services exists in concentrated areas. However, both Monnin C.J. and O'Sullivan J.A. recognized that the concept of a right to "distinct physical setting" does not automatically translate into a right to facilities that are entirely separate.

In this Court, the Attorney General of Manitoba resiles from the position at the Court of Appeal that there is a right to distinct physical settings, apparently assuming from *Mahe* that it is no longer necessary to endorse this as a general requirement of the right to minority language educational facilities.

hors-programme ainsi que dans la classe. Le français devrait être la langue utilisée dans le cadre de l'administration et du fonctionnement de l'établissement, y compris l'affichage.

Cette conclusion est également compatible avec la reconnaissance du fait que les écoles de la minorité jouent un rôle utile à la fois comme centres culturels et comme établissements d'enseignement. Bien que notre Cour, dans l'arrêt *Mahe*, n'ait pas explicitement parlé de lieux physiques distincts dans son examen des écoles comme centres culturels, il semble raisonnable de déduire qu'il faut un certain degré de démarcation dans les lieux physiques pour que ces écoles s'acquittent bien de ce rôle. À mon avis, l'ensemble des objectifs de l'art. 23 énoncés dans l'arrêt *Mahe* appuient cette conclusion.

Par ailleurs, quand la Cour d'appel a examiné la question, les parties étaient apparemment d'accord que l'art. 23 comprend un droit à des lieux physiques distincts (voir les motifs du juge en chef Monnin, aux pp. 54 et 55, et ceux du juge O'Sullivan, à la p. 84). De l'avis du procureur général du Manitoba, le réseau actuel d'écoles francophones dans la province constitue clairement un réseau «d'établissements de la minorité linguistique» au sens de la *Charte* (voir les motifs du juge en chef Monnin, à la p. 54). En pratique, dans la province, l'instruction dans la langue de la minorité paraît être et avoir été offerte depuis longtemps dans des établissements distincts puisque, dans la majorité des cas, la demande de services se trouve concentrée sur le plan géographique. Toutefois, le juge en chef Monnin et le juge O'Sullivan ont tous deux reconnu que la notion de droit à des «lieux physiques distincts» ne crée pas automatiquement un droit à des établissements entièrement distincts.

Devant notre Cour, le procureur général du Manitoba est revenu sur la position adoptée en Cour d'appel selon laquelle il existe un droit à des lieux physiques distincts, ayant apparemment déduit de l'arrêt *Mahe* qu'il n'est plus nécessaire d'appuyer ce droit comme exigence générale du droit, à des établissements d'enseignement de la minorité linguistique. Pour les motifs qui précè-

ties. For the reasons discussed above, I do not agree that this conclusion must follow from *Mahe*.

Detailed elaboration of what these facilities might entail would be unwise in this particular reference, for the reason that what is at issue is not a specific factual or a geographical setting even as limited as the "city of Edmonton" in *Mahe*, but the facilities for an entire province. There might well be significant differences in what can reasonably be required for the facilities in the urban areas around Winnipeg, the main Francophone regions such as St. Boniface, and remote northern or rural areas to be deemed appropriate, by the standards set out in *Mahe*. This difference was clearly recognized by Dickson C.J. (at p. 386):

For example, what is appropriate may differ between rural and urban areas. Another factor to consider is that s. 23 speaks of "wherever in the province" the "numbers warrant."

Therefore, while I endorse a general right to distinct physical settings as an integral aspect of the provision of educational services, it is not necessary to elaborate at this point what might satisfy this requirement in a given situation. Pedagogical and financial considerations would both play a role in determining what is required. Obviously the financial impact of the provision of specific facilities will vary from region to region. It follows that the assessment of what will constitute appropriate facilities should only be undertaken on the basis of a distinct geographic unit within the province.

Question (c)(i)

Do section 23 and section 15 of the *Charter* grant any right of management or control in connection with section 23's guarantees of French language instruction and facilities?

This issue has, for the most part, been disposed of by *Mahe*. The respondent concedes that the majority of the Court of Appeal's ruling has now

dent, je ne crois pas que l'arrêt *Mahe* donne lieu à cette conclusion.

Il ne serait pas opportun, dans le cadre du présent renvoi, d'exposer en détail ce que les établissements pourraient comprendre, car l'espèce ne vise ni une situation de fait ni une région précises, comme le cas limité de «la ville d'Edmonton» dans l'arrêt *Mahe*, mais concerne les établissements pour toute une province. D'après les critères formulés dans l'arrêt *Mahe*, il pourrait bien exister des différences importantes entre ce qui peut être raisonnablement nécessaire pour les établissements des agglomérations urbaines dans les environs de Winnipeg, ceux des principales régions francophones comme St-Boniface et ceux des régions nordiques ou rurales éloignées. Cette différence est clairement reconnue par le juge en chef Dickson (à la p. 386):

Par exemple, ce qui est approprié peut différer selon qu'il s'agit de régions urbaines ou rurales. Un autre facteur à considérer est le fait que l'art. 23 dit «partout dans la province où le nombre (. . .) est suffisant».

En conséquence, bien que j'estime que la prestation de ces services d'enseignement comporte un droit général à des lieux physiques distincts, il n'est pas nécessaire de préciser pour l'instant comment satisfaire à cette exigence dans une situation donnée. Ce qui est requis dépend de considérations pédagogiques et financières. De toute évidence, les répercussions financières de la création d'établissements spécifiques varieront d'une région à l'autre. Il faut donc que l'examen de ce qui constitue des établissements appropriés ne soit entrepris qu'à l'égard de secteurs géographiques précis dans la province.

Question c)(i):

Les articles 23 et 15 de la *Charte* accordent-ils un droit de gestion ou de contrôle se rattachant aux droits prévus à l'article 23 concernant l'instruction en langue française et les établissements d'enseignement de la minorité linguistique?

Cette question a été tranchée en grande partie dans l'arrêt *Mahe*. L'intimé admet que la décision rendue par la Cour d'appel à la majorité est main-

been superseded and seeks an order allowing the appeal without costs. The key dispute remaining is how precise the Court should be in setting out the parameters of the management and control of language instruction and facilities required under s. 23 of the *Charter*.

1. Sections 15 and 27 of the Charter

With respect to other *Charter* rights, the Court considered in *Mahe* the argument that s. 23 should be interpreted in light of ss. 15 and 27 and concluded the following (at p. 369):

Section 23 provides a comprehensive code for minority language educational rights; it has its own internal qualifications and its own method of internal balancing. A notion of equality between Canada's official language groups is obviously present in s. 23. Beyond this, however, the section is, if anything, an exception to the provisions of ss. 15 and 27 in that it accords these groups, the English and the French, special status in comparison to all other linguistic groups in Canada.

I see no reason to depart from this position. Therefore, it follows that the finding of Monnin C.J. of the Manitoba Court of Appeal on the application of ss. 15 and 23 is, with respect, incorrect.

2. How Much "Management and Control"?

In *Mahe*, the Court adopted a purposive approach to s. 23, finding that the section as a whole provides a general right to minority language instruction. The right is qualified by para. 3(a) and (b), by guaranteeing the right to instruction and to facilities only where the "number of children" so warrants. As noted above, Dickson C.J. determined that the effect of these paragraphs was to establish a "sliding scale" of entitlement, based on the number of children whose parents qualify under s. 23. At one end of the scale, the number of children might be so small that the where-numbers-warrant threshold of para. 3(a) would not be crossed and no programme of minority language instruction would be required. A larger number of children would cross

tenant inapplicable et il demande une ordonnance accueillant le pourvoi sans dépens. Le principal point demeurant en litige est de savoir avec quelle précision notre Cour devrait fixer les paramètres de la gestion et du contrôle de l'instruction et des établissements requis en vertu de l'art. 23 de la *Charte*.

1. Les articles 15 et 27 de la Charte

En ce qui concerne les autres droits garantis par la *Charte*, notre Cour, dans l'arrêt *Mahe*, a examiné l'argument selon lequel l'art. 23 devrait s'interpréter en fonction des art. 15 et 27 et a conclu (à la p. 369):

En effet, l'art. 23 établit un code complet régissant les droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Il est assorti de réserves et d'une méthode d'évaluation qui lui sont propres. De toute évidence, l'art. 23 renferme une notion d'égalité entre les groupes linguistiques des deux langues officielles du Canada. À part cela, toutefois, cet article constitue d'abord et avant tout une exception aux dispositions des art. 15 et 27 en ce qu'il accorde à ces groupes, anglophone et francophone, un statut spécial par rapport à tous les autres groupes linguistiques au Canada.

Je ne vois aucun motif de nous écarter de cette position. Il s'ensuit donc que la conclusion du juge en chef Monnin relativement à l'application des art. 15 et 23 est, avec égards, incorrecte.

2. Le degré de «gestion et de contrôle»

Dans *Mahe*, notre Cour a fait de l'art. 23 une analyse fondée sur l'objet et a conclu que cet article pris comme un tout crée un droit général à l'instruction dans la langue de la minorité. Les alinéas a) et b) du par. (3) précisent ce droit général, ne garantissant le droit à l'instruction et aux établissements d'enseignement que lorsque «le nombre des enfants» le justifie. Comme je l'ai déjà signalé, le juge en chef Dickson a conclu que ces alinéas ont pour effet d'établir un «critère variable», fonction du nombre d'enfants dont les parents satisfont aux exigences de l'art. 23. Au bas de l'échelle, le nombre d'élèves pourrait être si faible que le seuil numérique visé à l'al. 3a) ne serait pas atteint et il ne serait pas nécessaire de créer un programme d'instruction dans la langue de la

the where-numbers-warrant threshold of para. 3(b), which requires the provision out of public funds of “minority language educational facilities”. At the high end of the scale, the number of children would require the establishment of a minority language school board (see *Mahe*, at pp. 371-74; and P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 2, at p. 53-29).

In order to determine the “number of children”, the Court should look to “the number of persons who will eventually take advantage of the contemplated programme or facility” (p. 384). While this figure is admittedly impossible to know with certainty, it can be estimated by considering the parameters within which it must fall: the known demand for the services and the total number who potentially could take advantage of the service.

The degree of management and control under this sliding scale approach thus depends on the number of children, which is determined by reference to both actual and potential numbers. The educational system is then scrutinized in light of its position on the scale. This aspect of s. 23 reflects the remedial nature of the *Charter* right, which was “designed to remedy an existing problem in Canada, and hence to alter the status quo”: *Mahe*, at p. 363.

The rights to language education which flow from s. 23 of the *Charter*, therefore, will give rise to differing types of government obligations, depending on the number of students involved. While the parties in this reference cite somewhat different figures for the number of students potentially affected in Manitoba, the lowest common denominator is 5,617 (G. Nicholls and G. L. Roy, *A Report on Major Developments in French-language Education in Manitoba from 1970 to 1987* (1988), Table 4 of support documents), which comprises the number of students enrolled in *Français* programmes as of 1988. The appellant, however, claims as many as 18,975 children may be eligible for participation in the new school system, though this figure is disputed as too high by

minorité. Un nombre plus élevé d'enfants permettrait de dépasser le seuil numérique visé à l'al. 3b), ce qui nécessiterait la mise sur pied d'établissements d'enseignement de la minorité linguistique, sur les fonds publics. Enfin, en haut de l'échelle, le nombre d'enfants nécessiterait l'établissement d'un conseil scolaire pour la minorité linguistique (voir l'arrêt *Mahe*, précité, aux pp. 371 à 374); et P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), vol. 2, à la p. 53-29).

Afin de déterminer le «nombre des enfants», la Cour devrait prendre en compte «le nombre de personnes qui se prévaudront en définitive du programme ou de l'établissement envisagés» (à la p. 384). Il est impossible de connaître le chiffre exact, mais on peut en avoir une idée approximative en considérant les paramètres dont il dépend: la demande connue relative au service et le nombre total de personnes qui pourraient éventuellement se prévaloir du service.

Le degré de gestion et de contrôle en vertu de cette méthode du critère variable dépend donc du nombre d'enfants, lequel est déterminé à partir de leur nombre réel et de leur nombre potentiel. Le système d'enseignement est ensuite examiné par rapport à sa position dans l'échelle variable. Cet aspect de l'art. 23 reflète le caractère réparateur du droit garanti par la *Charte*: «[c]onçu pour régler un problème qui se posait au Canada, il visait donc à changer le statu quo» (*Mahe*, à la p. 363).

Par conséquent, les droits relatifs à la langue d'instruction garantis par l'art. 23 de la *Charte* donnent lieu à divers types d'obligations gouvernementales, selon le nombre d'élèves concernés. Bien que les parties au renvoi donnent des chiffres un peu différents quant au nombre d'élèves susceptibles d'être touchés au Manitoba, le dénominateur commun le plus bas est de 5 617 élèves (G. Nicholls et G. L. Roy, *A Report on Major Developments in French-language Education in Manitoba from 1970 to 1987* (1988), table 4 de la documentation), qui correspond au nombre d'élèves inscrits aux programmes en français à compter de 1988. Toutefois, l'appelante soutient que 18 975 enfants pourraient être admis dans le nouveau système d'enseignement; l'intimé est

the respondent (see appellant's factum, at para. 16, and respondent's factum, at para. 37).

Even accepting the most conservative projections, the number of students who will eventually take advantage of the contemplated programme would seem to fall clearly on the high end of the "sliding scale" established in *Mahe* (at pp. 384-89). In some areas of the province, at a minimum, these warrant the establishment of a separate Francophone school board. Indeed, the Government of Manitoba has accepted as appropriate the establishment of a single Francophone school board to be responsible for Francophone education in the province, with the proviso that Francophone parents may choose to keep their children in existing *Français* (French first language) programmes.

Since it is determined that the numbers warrant an educational system requiring the establishment of a minority language school board, then such a programme must be delivered. There is a positive obligation on the province to discharge that obligation, and it must, if it is to comply with its duties under the *Charter*, deliver the system without delay.

In response to Alberta's timetable in developing a proper French-language educational system, the Court stated the following in *Mahe* (at p. 393): "Section 23 of the *Charter* imposes on provincial legislatures the positive obligation of enacting precise legislative schemes providing for minority language instruction and educational facilities where numbers warrant. To date, the legislature of Alberta has failed to discharge that obligation. It must delay no longer in putting into place the appropriate minority language education scheme." I would echo these remarks in the case of the Manitoba Government, which has, by its own admission, failed to live up to its constitutional obligation since the release of *Mahe* in 1990.

d'avis que ce chiffre est trop élevé (voir le mémoire de l'appelante, au par. 16, et le mémoire de l'intimé, au par. 37).

Même en acceptant les projections les plus conservatrices, le nombre d'élèves qui se prévaudront en définitive du programme envisagé semble clairement se situer vers le haut de l'échelle du «critère variable» établi dans l'arrêt *Mahe* (aux pp. 384 à 389). Dans certaines régions de la province, cela justifie au minimum l'établissement d'un conseil scolaire francophone distinct. En fait, le gouvernement du Manitoba a jugé approprié d'établir un conseil scolaire francophone unique qui sera responsable de l'instruction en français dans la province; toutefois, il est prévu que les parents francophones peuvent choisir de garder leurs enfants dans les programmes français existants (Français première langue).

Puisqu'il est établi que les chiffres justifient l'établissement d'un système d'enseignement exigeant la création d'un conseil scolaire pour la minorité linguistique, le programme en question doit être offert. La province a l'obligation positive de l'établir, et elle doit, pour se conformer aux devoirs que lui impose la *Charte*, offrir le système sans retard.

Parlant de l'échéancier de l'Alberta pour l'établissement d'un système approprié d'instruction en français, notre Cour a dit dans l'arrêt *Mahe* (à la p. 393): «L'article 23 de la *Charte* impose aux législatures provinciales l'obligation positive d'édicter des dispositions législatives précises pour fournir une instruction dans la langue de la minorité et des établissements d'enseignement de la minorité linguistique lorsque le nombre le justifie. Jusqu'à maintenant, la législature de l'Alberta a négligé de remplir cette obligation. Elle ne doit plus tarder à mettre en place un système approprié d'enseignement dans la langue de la minorité.» J'appliquerais également ces remarques au gouvernement du Manitoba qui admet avoir omis de respecter ses obligations constitutionnelles depuis l'arrêt *Mahe*, en 1990.

Question (c)(ii)

If so, do the provisions in Part I, II, and III of *The Public Schools Act* concerning the formation of school divisions and districts, the election of school boards, and the powers and duties of school boards meet Manitoba's constitutional obligations with reference to such a right of management or control? If not, in what essential elements do the provisions fail to do so?

The answer to the third question, as the respondent has already conceded, is clearly "no", once again based on this Court's decision in *Mahe*. The legislation in question does not provide for the parents of French-language students to have management and control over French-language education as required under s. 23 of the *Charter*.

This Court should be loath, however, to detail what legislation the Government of Manitoba must enact in order to meet its constitutional obligations. Dickson C.J.'s remarks in *Mahe* with respect to implementing specific "modalities" in order to conform with s. 23 are worth repeating in full (at p. 376):

It is not possible to give an exact description of what is required in every case in order to ensure that the minority language group has control over those aspects of minority language education which pertain to or have an effect upon minority language and culture. Imposing a specific form of educational system in the multitude of different circumstances which exist across Canada would be unrealistic and self-defeating. The problems with mandating "specific modalities" have been recognized by all of the courts in Canada which have considered s. 23. At this stage of early development of s. 23 jurisprudence, the appropriate response for the courts is to describe in general terms the requirements mandated. It is up to the public authorities to satisfy these general requirements. Where there are alternative ways of satisfying the requirements, the public authorities may choose the means of fulfilling their duties. In some instances this approach may result in further litigation to determine whether the general requirements mandated by the court have been implemented. I see no way to avoid this result, as the alternative of a uniform detailed order runs the real risk of imposing impractical solu-

Question c)(ii):

Dans l'affirmative, les dispositions des parties I, II et III de la *Loi sur les écoles publiques* concernant l'établissement des divisions et des districts scolaires, l'élection des membres des commissions scolaires et les attributions des commissions scolaires permettent-elles au Manitoba de remplir ses obligations en ce qui a trait à un tel droit de gestion ou de contrôle? Si ces dispositions ne permettent pas au Manitoba de remplir ses obligations constitutionnelles à cet égard, quels sont les éléments essentiels qui leur manquent?

La réponse à la troisième question, comme l'a déjà admis l'intimé, est de toute évidence négative, de nouveau en raison de l'arrêt *Mahe* de notre Cour. La loi en question ne prévoit pas la gestion et le contrôle de l'instruction en français par les parents d'élèves de langue française comme l'exige l'art. 23 de la *Charte*.

Toutefois, notre Cour devrait se garder de décrire précisément le genre de texte législatif que le gouvernement du Manitoba doit adopter pour satisfaire à ses obligations constitutionnelles. Il est bon de réitérer ce que disait le juge en chef Dickson, dans *Mahe*, sur la mise en œuvre de «modalités» particulières d'application de l'art. 23 (à la p. 376):

Il n'est pas possible de décrire exactement ce qui est nécessaire dans chaque cas pour assurer que le groupe linguistique minoritaire exerce un contrôle sur les aspects de l'enseignement dans sa langue qui concernent ou touchent sa langue et sa culture. Il serait irréaliste et vain d'imposer une forme précise de système d'éducation à une multitude de situations différentes qui existent dans tout le Canada. Tous les tribunaux canadiens qui ont examiné l'art. 23 ont reconnu les problèmes que comporte la reconnaissance de «modalités particulières». À ce stade initial de l'évolution de la jurisprudence relative à l'art. 23, la réaction des tribunaux devrait consister à décrire en termes généraux les exigences posées. Il appartient aux pouvoirs publics de répondre à ces exigences générales. Lorsqu'il y a diverses façons de répondre aux exigences, les pouvoirs publics peuvent choisir le moyen de remplir leurs obligations. Dans certains cas, cette méthode peut amener d'autres litiges pour déterminer si les exigences générales établies par la cour ont été appliquées. Je ne vois pas comment cela peut être évité car l'autre possibilité, celle d'une ordonnance détaillée et uniforme, comporte

tions. Section 23 is a new type of legal right in Canada and thus requires new responses from the courts.

In *Mahe*, the Court restricted itself to making a general declaration with respect to what obligations s. 23 placed on the provincial government to provide French parents with management and control over French-language education for their children. Dickson C.J., at the close of his reasons, reiterated (at p. 393):

... the government should have the widest possible discretion in selecting the institutional means by which its s. 23 obligations are to be met; the courts should be loath to interfere and impose what will be necessarily procrustean standards, unless that discretion is not exercised at all, or is exercised in such a way as to deny a constitutional right. [Emphasis added.]

According to the respondent, there is a controversy currently gripping Manitoba concerning proposed language legislation. The respondent contends that an ulterior motivation for this appeal proceeding, despite the resolution of much of the substance of the reference in the *Mahe* decision, is the Manitoba Government's announcement that a province-wide Francophone school division is to be established, to initially consist of s. 23 school communities that wish to join it (see respondent's factum, at para. 104, and Manitoba Order in Council No. 842/1992). This new board will then be accorded exclusive control (subject to possible regulation) over French instruction in those schools and others it may create. Under the proposed scheme, Francophone parents may choose to remain subject to existing boards, controlled by representatives elected by the community at large. Those boards will have jurisdiction to continue providing the French instruction now being delivered in those schools.

Of course, the proposed legislation at issue is not, *per se*, a subject of this appeal, and is not germane to any of the constitutional questions stated

le risque réel d'imposer des solutions impraticables. L'article 23 est un nouveau genre de garantie juridique au Canada et exige donc de nouvelles réponses de la part des tribunaux.

Dans l'arrêt *Mahe*, notre Cour s'est bornée à énoncer de façon générale quelles obligations l'art. 23 imposait au gouvernement provincial afin de donner aux parents francophones la gestion et le contrôle de l'instruction en français de leurs enfants. À la fin de ses motifs, le juge en chef Dickson a réitéré (à la p. 393):

... le gouvernement devrait disposer du pouvoir discrétionnaire le plus vaste possible dans le choix des moyens institutionnels dont il usera pour remplir ses obligations en vertu de l'art. 23. Les tribunaux devraient se garder d'intervenir et d'imposer des normes qui seraient au mieux dignes de Procuste, sauf dans les cas où le pouvoir discrétionnaire n'est pas exercé du tout, ou l'est de façon à nier un droit constitutionnel. [Je souligne.]

Selon l'intimé, il y a actuellement une vive controverse au Manitoba relativement à un projet de législation linguistique. À son avis, même si l'arrêt *Mahe* a en grande partie tranché les questions de fond soulevées dans le renvoi, le pourvoi actuel a été présenté aussi pour un autre motif, savoir l'annonce par le gouvernement du Manitoba de la création d'une division scolaire de langue française pour l'ensemble de la province qui réunira initialement des collectivités où existent des écoles établies en vertu de l'art. 23, intéressées à en faire partie (voir le mémoire de l'intimé, au par. 104, et le décret du Manitoba n° 842/1992). Ce nouveau conseil jouira alors d'un contrôle exclusif (sous réserve d'une réglementation éventuelle) sur l'instruction en français dans ces écoles et celles qu'il peut créer. En vertu du système proposé, les parents francophones peuvent choisir de continuer de faire partie des conseils existants, sous le contrôle de représentants élus par l'ensemble de la collectivité. Ces conseils pourront continuer d'offrir l'instruction en français dans les écoles qui en font partie.

Bien sûr, ce projet de loi n'est pas visé en soi par le présent pourvoi, ni par aucune des questions constitutionnelles formulées par notre Cour

by this Court (respondent's factum, at paras. 114 to 126). Rather, it is the requirement that the Franco-Manitoban parents be granted "exclusive" control over the management and control of French schools which was fully argued by both parties and is central to answering the third constitutional question.

Therefore, I expressly refrain from taking a position on the constitutional validity of Manitoba's proposed legislative scheme.

I do wish to emphasize, however, that in implementing such a scheme of minority language education, the province must expressly address a number of issues in order to satisfy its constitutional obligations and remain true to the purposive, remedial nature of s. 23. A proper implementation will require the fullest understanding of the needs of the French-language minority. As pointed out in *Mahe*, at p. 372:

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

The participation of minority language parents or their representatives in the assessment of educational needs and the setting up of structures and services which best respond to them is most important.

The rights provided by s. 23, it must be remembered, are granted to minority language parents individually. Their entitlement is not subject to the will of the minority group to which they belong, be it that of a majority of that group, but only to the "numbers warrant" condition.

The province has the obligation to offer the educational services, make them known and accessible to minority language parents so as to provide a quality of education on a basis which, in principle,

(mémoire de l'intimé, aux par. 114 à 126). C'est plutôt l'exigence que les parents franco-manitobains obtiennent le contrôle «exclusif» sur la gestion et le contrôle des écoles francophones qui a été pleinement débattue par les deux parties et qui est au cœur de la troisième question constitutionnelle.

En conséquence, je m'abstiens expressément de me prononcer sur la validité constitutionnelle du projet de loi manitobain.

Toutefois, je tiens à faire ressortir que, dans la mise en œuvre d'un tel système d'instruction dans la langue de la minorité, la province doit explicitement examiner un certain nombre de questions pour satisfaire à ses obligations constitutionnelles et respecter l'objet et le caractère réparateur de l'art. 23. La mise en œuvre exige une pleine compréhension des besoins de la minorité linguistique francophone. Comme notre Cour l'a fait remarquer dans *Mahe*, à la p. 372:

... les minorités linguistiques ne peuvent pas être toujours certaines que la majorité tiendra compte de toutes leurs préoccupations linguistiques et culturelles. Cette carence n'est pas nécessairement intentionnelle: on ne peut attendre de la majorité qu'elle comprenne et évalue les diverses façons dont les méthodes d'instruction peuvent influencer sur la langue et la culture de la minorité.

Il est extrêmement important que les parents de la minorité linguistique ou leurs représentants participent à la détermination des besoins en matière d'instruction et à l'établissement de structures et de services qui répondent le mieux possible à ces besoins.

Il faut se rappeler que les droits prévus par l'art. 23 sont conférés individuellement aux parents appartenant à un groupe linguistique minoritaire. La jouissance de ces droits n'est pas liée à la volonté du groupe minoritaire auquel ils appartiennent, fût-elle celle de la majorité de ce groupe, mais seulement au «nombre d'enfants» suffisant.

La province a l'obligation d'offrir des services d'éducation, de les faire connaître et de les rendre accessibles aux parents du groupe linguistique minoritaire de façon à offrir une qualité d'éduca-

is one of equality with the majority, keeping in mind that, as stated in *Mahe* (at p. 378):

... the specific form of educational system provided to the minority need not be identical to that provided to the majority. The different circumstances under which various schools find themselves, as well as the demands of a minority language education itself, make such a requirement impractical and undesirable. It should be stressed that the funds allocated for the minority language schools must be at least equivalent on a per student basis to the funds allocated to the majority schools. Special circumstances may warrant an allocation for minority language schools that exceeds the per capita allocation for majority schools.

Arrangements and structures which are prejudicial, hamper, or simply are not responsive to the needs of the minority, are to be avoided and measures which encourage the development and use of minority language facilities should be considered and implemented. For instance, if the province chooses to allow minority language parents a choice of school for instruction in the minority language, this should not be at the expense of the services provided by a French-language school board or hamper this board in its ability to provide services on a basis of equality as described above. Likewise, it would not be open to the Government of Manitoba to carve school districts which unduly hampered such a school board from attracting students.

The Remedy

Although all parties agree that *The Public Schools Act* violates s. 23 of the *Charter*, this appeal came to this Court by way of a constitutional reference. This Court, therefore, has jurisdiction to answer the questions referred to it, but not to declare the impugned statute of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Moreover, as Dickson C.J. noted in *Mahe* (at p. 392), “[i]n this case, as it is impossible for the Court to rewrite the impugned legislation, the result of a declaration of invalidity would be to

tion en principe égale à celle de la majorité, tout en sachant, comme le dit notre Cour dans l’arrêt *Mahe* (à la p. 378):

... il n’est pas nécessaire que la forme précise du système d’éducation fourni à la minorité soit identique à celle du système fourni à la majorité. Les situations différentes dans lesquelles se trouvent diverses écoles, de même que les exigences de l’enseignement dans la langue de la minorité rendent une telle exigence peu pratique et peu souhaitable. Il convient de souligner que les fonds affectés aux écoles de la minorité linguistique doivent être au moins équivalents, en proportion du nombre d’élèves, aux fonds affectés aux écoles de la majorité. Dans des circonstances particulières, les écoles de la minorité linguistique pourraient être justifiées de recevoir un montant supérieur, par élève, à celui versé aux écoles de la majorité.

Il faut éviter toutes dispositions et structures qui portent atteinte, font obstacle ou ne répondent tout simplement pas aux besoins de la minorité; il faudrait examiner et mettre en œuvre des mesures qui favorisent la création et l’utilisation d’établissements d’enseignement pour la minorité linguistique. Par exemple, si la province décide d’offrir aux parents d’un groupe linguistique minoritaire un choix d’écoles où sera dispensée l’instruction dans la langue de la minorité, elle ne doit pas le faire aux dépens de services offerts par un conseil scolaire de langue française ni empêcher ce conseil d’offrir des services reposant sur le principe d’égalité que je viens de décrire. De même, il ne serait pas loisible au gouvernement du Manitoba de délimiter des districts scolaires de façon à empêcher indûment un tel conseil scolaire d’attirer des élèves.

La réparation

Bien que toutes les parties soient d’avis que la *Loi sur les écoles publiques* viole l’art. 23 de la *Charte*, le présent pourvoi nous a été soumis sous forme de renvoi constitutionnel. Notre Cour a en conséquence le pouvoir de répondre aux questions soulevées, mais non de déclarer la loi attaquée inopérante en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par ailleurs, comme l’affirme le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Mahe* (à la p. 392): «En l’espèce, comme il est impossible à la Cour de reformuler la loi contestée, une déclara-

create a legislative vacuum. This result would not help the position of the appellants.”

It is important to keep in mind that s. 23 constitutes a minimum and not a maximum in the area of management and control of French-language education. The respondent seeks an answer to this constitutional question that does little more than restate the obvious in light of the judgment in *Mahe*, but would impose on the Government of Manitoba no constitutionally required course of action. The appellant, by contrast, suggests an answer that would unduly fetter the discretion of the province to choose the “modalities” by which to provide for the management and control of French-language education. In the absence of issues properly before us as to specific legislation, it would be inappropriate to deal more specifically with the other matters raised.

This case reveals the tension that lies between the remedial aspect of s. 23 and the need to avoid interfering in legislative discretion or implementation. The following words of Dickson C.J. in *Mahe* are particularly apt (at pp. 392-93):

... I think it best if the Court restricts itself in this appeal to making a declaration in respect of the concrete rights which are due to the minority language parents in Edmonton under s. 23. Such a declaration will ensure that the appellants’ rights are realized while, at the same time, leaving the government with the flexibility necessary to fashion a response which is suited to the circumstances. ... Once the Court has declared what is required in Edmonton, then the government can and must do whatever is necessary to ensure that these appellants, and other parents in their situation, receive what they are due under s. 23.

Disposition

The appeal is therefore allowed. There will be no order as to costs. I would answer the reference questions which are in issue in this Court, namely questions (b) and (c) in the Order in Council dated January 20, 1988, in the following manner:

tion d’invalidité aurait pour effet de créer un vide législatif. Ce résultat n’améliorerait pas la situation des appelants.»

Il importe de se rappeler que l’art. 23 constitue un minimum et non un maximum dans le domaine de la gestion et du contrôle de l’instruction en langue française. L’intimé veut obtenir une réponse à cette question constitutionnelle qui se borne à réitérer ce qui est évident compte tenu de l’arrêt *Mahe*, sans imposer au gouvernement du Manitoba aucune mesure requise par la Constitution. Par contre, l’appelante propose une réponse qui limiterait indûment le pouvoir discrétionnaire de la province d’établir les «modalités» d’attribution de la gestion et du contrôle de l’instruction en langue française. Comme les questions dont nous sommes saisis ne visent pas des dispositions législatives précises, il ne serait pas approprié d’examiner davantage les autres points soulevés.

Le présent pourvoi révèle la tension qui existe entre le caractère réparateur de l’art. 23 et la nécessité de ne pas gêner l’exercice du pouvoir discrétionnaire du législateur ou la mise en œuvre d’une loi. Les propos suivants du juge en chef Dickson, dans *Mahe*, sont particulièrement pertinents (aux pp. 392 et 393):

... je crois préférable que notre Cour se limite, dans le cadre de ce pourvoi, à faire une déclaration à l’égard des droits concrets qui sont dus, en vertu de l’art. 23, aux parents appartenant à la minorité linguistique à Edmonton. Une telle déclaration garantira que les droits des appelants se concrétiseront, tout en laissant au gouvernement la souplesse nécessaire pour élaborer une solution appropriée aux circonstances. [...] Dès lors que la Cour s’est prononcée sur ce qui est requis à Edmonton, le gouvernement peut et doit prendre les mesures nécessaires pour assurer aux appelants et aux autres parents dans leur situation ce qui leur est dû en vertu de l’art. 23.

i Dispositif

Le pourvoi est donc accueilli, sans adjudication des dépens. Je suis d’avis de répondre aux questions du renvoi soumises à notre Cour, soit les questions b) et c) du décret daté du 20 janvier 1988, de la façon suivante:

Question (b): What does the right to have one's children receive instruction "in minority language educational facilities" guaranteed by section 23(3)(b) of the *Charter* mean? In particular, does it include the right to have one's children receive instruction in a distinct physical setting? ^a

Answer: Yes. The general right of instruction conferred by s. 23, read in the context of the section as a whole, necessarily requires that the educational facilities be of or belong to the linguistic minority group, and includes the right to a distinct physical setting and facilities. The exercise of a full complement of this right is related to the application of the sliding-scale approach developed by this Court in *Mahe*. ^b
^c
^d

Question (c): (i) Do section 23 and section 15 of the *Charter* grant any right of management or control in connection with section 23's guarantees of French-language instruction and facilities? ^e

Answer: Yes, on the basis of s. 23, and in accordance with the principles set out by this Court in the *Mahe* decision. ^f

(ii) If so, do the provisions in Part I, II, and III of *The Public Schools Act* concerning the formation of school divisions and districts, the election of school boards, and the powers and duties of school boards meet Manitoba's constitutional obligations with reference to such a right of management or control? If not, in what essential elements do the provisions fail to do so? ^g
^h
ⁱ

Answer: No. The provisions of *The Public Schools Act* do not provide for the ^j

Question b): En quoi consiste le droit de faire instruire ses enfants «dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique» garanti par l'alinéa 23(3)b) de la *Charte*? Ce droit comprend-il plus particulièrement le droit de faire instruire ses enfants dans des lieux physiques distincts?

Réponse: Oui. Le droit général à l'instruction garanti par l'art. 23, interprété dans le contexte de l'ensemble de l'article, exige que les établissements d'enseignement soient ceux du groupe linguistique minoritaire ou lui appartiennent; ce droit comprend également le droit à des lieux ou établissements physiques distincts. Le plein exercice de ce droit se rattache à l'application de la méthode du critère variable élaborée par notre Cour dans l'arrêt *Mahe*.

Question c): (i) Les articles 23 et 15 de la *Charte* accordent-ils un droit de gestion ou de contrôle se rattachant aux droits prévus à l'article 23 concernant l'instruction en langue française et les établissements d'enseignement de la minorité linguistique?

Réponse: Oui, sur le fondement de l'art. 23 et conformément aux principes énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Mahe*.

(ii) Dans l'affirmative, les dispositions des parties I, II et III de la *Loi sur les écoles publiques* concernant l'établissement des divisions et des districts scolaires, l'élection des membres des commissions scolaires et les attributions des commissions scolaires permettent-elles au Manitoba de remplir ses obligations en ce qui a trait à un tel droit de gestion ou de contrôle? Si ces dispositions ne permettent pas au Manitoba de remplir ses obligations constitutionnelles à cet égard, quels sont les éléments essentiels qui leur manquent?

Réponse: Non. Les dispositions de la *Loi sur les écoles publiques* ne prévoient pas

implementation of the rights of the linguistic minority in respect of their educational facilities, including appropriate mechanisms for management and control. In order to accomplish this, the Manitoba authorities must, without delay, put into place a regime and a system which permit the Francophone minority to exercise its rights effectively, taking into account the general requirements spelled out by this Court in the *Mahe* case. The number of potential French-language students warrants the establishment of an independent French-language school board in Manitoba under the exclusive management and control of the French-language minority.

la mise en œuvre des droits que possède la minorité linguistique relativement à ses établissements d'enseignement, ni d'ailleurs les mécanismes appropriés de gestion et de contrôle. Pour y arriver, les autorités manitobaines doivent, sans retard, mettre en place un régime et un système qui permettront à la minorité francophone d'exercer pleinement ses droits, compte tenu des exigences générales formulées par notre Cour dans l'arrêt *Mahe*. Le nombre possible d'élèves de langue française justifie l'établissement d'un conseil scolaire de langue française autonome au Manitoba, dont la gestion et le contrôle appartiendront exclusivement à la minorité linguistique francophone.

Appeal allowed.

Pourvoi accueilli.

Solicitors for the appellant and the intervener the Conseil jeunesse provincial Inc.: Monk, Goodwin, Winnipeg.

Procureurs de l'appelante et de l'intervenant le Conseil jeunesse provincial Inc.: Monk, Goodwin, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intimé: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Société franco-manitobaine: Teffaine, Labossière, Saint-Boniface, Manitoba; Michel Bastarache, Dieppe, New Brunswick.

Procureurs de l'intervenante la Société franco-manitobaine: Teffaine, Labossière, Saint-Boniface, Manitoba; Michel Bastarache, Dieppe, Nouveau-Brunswick.

Solicitor for the intervener the Commission nationale des parents francophones: Michel Bastarache, Dieppe, New Brunswick.

Procureur de l'intervenante la Commission nationale des parents francophones: Michel Bastarache, Dieppe, Nouveau-Brunswick.

Solicitor for the intervener the Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada: François Dumaine, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada: François Dumaine, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Commissioner of Official Languages: Johnston, Buchan & Dalfen, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Commissaire aux langues officielles: Johnston, Buchan & Dalfen, Ottawa.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 6, 1993 Vol. 1

6^e cahier, 1993 Vol. 1

Cited as [1993] 1 S.C.R. 867-1026

Renvoi [1993] 1 R.C.S. 867-1026

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

CONTENTS

**Amchem Products Inc. v. British Columbia
(Workers' Compensation Board)..... 897**

Courts — Appropriate forum — Action commenced in U.S. courts — Plaintiffs largely resident in Canada — Most of corporate defendants with some connection with state where action brought — Anti-suit injunction sought in Canadian courts to prevent action in U.S. courts — Principles governing the determination of appropriate forum and governing comity between courts — Whether or not an injunction appropriate.

Prerogative writs — Injunctions — Appropriate forum for bringing action — Action commenced in U.S. courts — Plaintiffs largely resident in Canada — Most of corporate defendants with some connection with state where action brought — Anti-suit injunction sought in Canadian courts to prevent action in U.S. courts — Whether or not an injunction appropriate.

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
LYNE RENAUD

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

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

SOMMAIRE

**Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique
(Workers' Compensation Board)..... 897**

Tribunaux — Tribunal approprié — Action intentée devant des tribunaux américains — Demandeurs résidant pour la plupart au Canada — Liens de la plupart des sociétés défenderesses avec l'État où a été intentée l'action — Injonction interdisant des poursuites demandée à des tribunaux canadiens afin d'empêcher une action devant les tribunaux américains — Principes régissant la détermination du tribunal approprié et la courtoisie entre tribunaux — Une injonction est-elle appropriée?

Brefs de prérogative — Injonctions — Tribunal approprié devant lequel intenter l'action — Action intentée devant des tribunaux américains — Demandeurs résidant pour la plupart au Canada — Liens de la plupart des sociétés défenderesses avec l'État où a été intentée l'action — Injonction interdisant des poursuites demandée à des tribunaux canadiens afin d'empêcher une action devant les tribunaux américains — Une injonction est-elle appropriée?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Conflict of laws — Courts — Action commenced in U.S. courts — Plaintiffs largely resident in Canada — Most of corporate defendants with some connection with state where action brought — Anti-suit injunction sought in Canadian courts to prevent action in U.S. courts — Principles governing the determination of appropriate forum and governing comity between courts — Whether or not an injunction appropriate.

Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada..... 941

Labour relations — Public Service — Federal government adopting work force adjustment policy — Policy requiring departments to terminate contract services to facilitate redeployment of surplus employees — Federal government department contracting out work to reduce person-years — Board ruling in favour of union's reference alleging that contracting out was contrary to policy and to collective agreement — Whether Board's decision patently unreasonable.

Administrative law — Judicial review — Jurisdiction — Public Service Staff Relations Board — Standard of review — Whether Board had jurisdiction to determine reference submitted by union — Whether Board's decision regarding its jurisdiction must be correct, or whether patently unreasonable standard applies.

R. v. Douglas; R. v. Myers..... 893

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Remedy — Trial judge staying proceedings on narcotics charges — Issue of whether s. 7 of Charter was violated and of appropriate remedy not properly dealt with by trial judge — Quashing of stays upheld — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. v. Hundal..... 867

Criminal law — Dangerous driving — *Mens rea* — Objective or subjective standard — Motorist killed by truck driving through intersection as light turned red — Trucker thinking not possible to stop — Evidence that trucker's driving outside the norm — Whether objective or subjective standard should apply — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 233(1), (4), as am. by S.C. 1985, c. 19, s. 36 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 249(1), (4)).

Peter v. Beblow..... 980

Family law — Trusts — Constructive trust — Long-term common law relationship — Unpaid homemaker — Homemaker maintaining and improving property — Whether proprietary link necessary to constructive trust established — Whether consideration to be given to the extent to which the remedy of constructive trust should be applied in terms of amount or proportion.

Trusts — Constructive trust — Long-term common law relationship — Unpaid homemaker — Homemaker maintaining and improving property — Whether proprietary link necessary

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit international privé — Tribunaux — Action intentée devant des tribunaux américains — Demandeurs résidant pour la plupart au Canada — Liens de la plupart des sociétés défendresses avec l'État où a été intentée l'action — Injonction interdisant des poursuites demandée à des tribunaux canadiens afin d'empêcher une action devant les tribunaux américains — Principes régissant la détermination du tribunal approprié et la courtoisie entre tribunaux — Une injonction est-elle appropriée?

Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada..... 941

Relations du travail — Fonction publique — Adoption par le gouvernement fédéral de la politique concernant le réaménagement des effectifs — Ministères obligés en vertu de la politique de mettre fin à des marchés de services afin de faciliter la réaffectation des employés excédentaires — Ministère fédéral ayant accordé des marchés de services pour diminuer ses années-personnes — Décision de la Commission rendue en faveur du renvoi du syndicat qui soutenait que l'impartition des services allait à l'encontre de la politique et de la convention collective — La décision de la Commission est-elle manifestement déraisonnable.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Compétence — Commission des relations de travail dans la fonction publique — Norme de contrôle — La Commission avait-elle compétence pour entendre le renvoi dont l'a saisie le syndicat? — La décision de la Commission concernant sa compétence doit-elle être juste ou la norme relative aux décisions manifestement déraisonnable s'applique-t-elle?

R. c. Douglas; R. c. Myers..... 893

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Réparation — Arrêt des procédures relatives à des accusations en matière de stupéfiants ordonné par le juge du procès — Le juge du procès n'a pas bien examiné la question de savoir s'il y a eu violation de l'art. 7 de la Charte, ni celle de la réparation convenable — Annulation des arrêts de procédures confirmée — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. c. Hundal..... 867

Droit criminel — Conduite dangereuse — *Mens rea* — Norme objective ou norme subjective — Automobiliste tué par un camion qui traversait une intersection au moment où le feu est devenu rouge — Camionneur se croyant dans l'impossibilité d'arrêter — Éléments de preuve établissant que la façon de conduire du camionneur s'écartait de la norme — Y a-t-il lieu d'appliquer une norme objective ou subjective? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 233(1), (4), mod. par S.C. 1985, ch. 19, art. 36 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 249(1), (4)).

Peter c. Beblow..... 980

Droit de la famille — Fiducies — Fiducie par interprétation — Union de fait de longue durée — Personne au foyer non rému-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

to constructive trust established — Whether consideration to be given to the extent to which the remedy of constructive trust should be applied in terms of amount or proportion.

Sie-Mac Pipeline Contractors Ltd. v. M.N.R...... 895

Income tax — Deductions — Use of recreational facilities — Taxpayer incurring travel and entertainment expenses in hosting customers and employees at fishing lodge — Whether expenses deductible — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 18(1)(i).

Westar Mining Ltd. (Re) 890

Appeal — Leave to appeal — Supreme Court of Canada — Court of Appeal refusing leave to appeal on matters arising under Companies' Creditors Arrangement Act — Whether leave to appeal to Supreme Court of Canada may be granted — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C., 1985, c. C-36, s. 15.

SOMMAIRE (Fin)

nérée — Entretien et amélioration de la propriété par la personne au foyer — Doit-on établir qu'il existe un lien avec le bien avant que puisse être accordée la fiducie par interprétation? — Y a-t-il lieu d'examiner quelle devrait être l'étendue de la fiducie par interprétation, sous le rapport du montant ou de la proportion?

Fiducies — Fiducie par interprétation — Union de fait de longue durée — Personne au foyer non rémunérée — Entretien et amélioration de la propriété par la personne au foyer — Doit-on établir qu'il existe un lien avec le bien avant que puisse être accordée la fiducie par interprétation? — Y a-t-il lieu d'examiner quelle devrait être l'étendue de la fiducie par interprétation, sous le rapport du montant ou de la proportion?

Sie-Mac Pipeline Contractors Ltd. c. M.N.R...... 895

Impôt sur le revenu — Déductions — Dépenses relatives aux loisirs — Contribuable ayant engagé des frais de déplacement et de représentation pour accueillir des clients et des employés à un chalet de pêche — Ces frais sont-ils déductibles? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 18(1)(i).

Westar Mining Ltd. (Re) 890

Appel — Autorisation de pourvoi — Cour suprême du Canada — Refus d'autorisation d'appel par la Cour d'appel sur des questions découlant de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies — L'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada peut-elle être accordée? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. (1985), ch. C-36, art. 15.

Surinder Hundal *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HUNDAL

File No.: 22358.

1992: January 30; 1993: March 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Dangerous driving — Mens rea — Objective or subjective standard — Motorist killed by truck driving through intersection as light turned red — Trucker thinking not possible to stop — Evidence that trucker's driving outside the norm — Whether objective or subjective standard should apply — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 233(1), (4), as am. by S.C. 1985, c. 19, s. 36 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 249(1), (4)).

Appellant was involved in a fatal motor accident and charged with dangerous driving under s. 233 (now s. 249) of the *Criminal Code*. The accident occurred in heavy afternoon traffic on a wet four lane street in downtown Vancouver. The deceased had waited at the intersection for a red light and was proceeding through it on a green light. He had crossed the cross-walk and the two west-bound lanes when his car was struck broadsides by the appellant's overloaded truck in the east-bound passing lane.

The appellant testified that he thought he could not stop when the light turned amber, sounded his horn and proceeded through the intersection. Several witnesses testified that appellant's truck entered the intersection after the traffic light had turned red and police testimony established that the light was timed to provide a significant delay between one direction's receiving an amber light and the other's receiving a green light. One wit-

* Stevenson J. took no part in the judgment.

Surinder Hundal *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HUNDAL

N° du greffe: 22358.

^b 1992: 30 janvier; 1993: 11 mars.

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

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

Droit criminel — Conduite dangereuse — Mens rea — Norme objective ou norme subjective — Automobiliste tué par un camion qui traversait une intersection au moment où le feu est devenu rouge — Camionneur se croyant dans l'impossibilité d'arrêter — Éléments de preuve établissant que la façon de conduire du camionneur s'écartait de la norme — Y a-t-il lieu d'appliquer une norme objective ou subjective? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 233(1), (4), mod. par S.C. 1985, ch. 19, art. 36 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 249(1), (4)).

^f À la suite d'un accident de la route qui a coûté la vie à une personne, l'appelant a été accusé de conduite dangereuse, infraction prévue à l'art. 233 (maintenant l'art. 249) du *Code criminel*. L'accident est survenu en après-midi dans la circulation dense d'une rue à quatre voies au centre-ville de Vancouver, alors que la chaussée était humide. La victime s'était arrêtée pour un feu rouge et, ayant eu le feu vert, traversait l'intersection. Il avait franchi le passage pour piétons et les deux voies réservées à la circulation allant vers l'ouest alors que le camion surchargé de l'appelant est venu percuter sa voiture par le travers dans la voie de dépassement pour la circulation se dirigeant vers l'est.

D'après son témoignage, l'appelant, croyant ne pas pouvoir s'arrêter quand le feu est devenu jaune, a donné un coup d'avertisseur et s'est engagé dans l'intersection. Plusieurs témoins ont dit que le camion de l'appelant était entré dans l'intersection après que le feu de circulation était devenu rouge. De plus, le témoignage d'un policier établissait que le feu en question était réglé de manière à ce qu'il y ait un décalage appréciable entre le

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

ness, who had driven behind the truck for some distance, testified that the appellant had gone through another intersection as the light turned red and estimated the truck's speed at the time of the collision to be between 50 to 60 km/h.

The trial judge found that the appellant's actions represented a gross departure from the standard of care to be expected from a prudent driver and found him guilty of dangerous driving causing death. That decision was upheld on appeal. At issue here is whether there is a subjective element in the requisite *mens rea* which must be established by the Crown in order to prove the offence of dangerous driving described in s. 233 (now s. 249) of the *Criminal Code*.

Held: The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The *mens rea* for the offence of dangerous driving should be assessed objectively but in the context of all the events surrounding the incident. The objective test meets the requirements of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and was properly applied here.

Negligent driving can be thought of as a continuum that progresses, or regresses, from momentary lack of attention giving rise to civil responsibility through careless driving under a provincial Highway Traffic Act to dangerous driving under the *Criminal Code*.

Section 233 (now s. 249) of the *Criminal Code* requires an objective standard. This standard is quite appropriate given the need to reduce highway carnage. A consideration of the personal factors essential to determining subjective intent is generally not necessary given the fixed standards of physical and mental well-being coupled with the basic knowledge of the standard of care required of licensed drivers. A driver, whose conduct was objectively dangerous, should not be acquitted because he or she was not thinking of his or her manner of driving at the time of the accident. The nature of driving itself is often so routine and automatic that it is almost impossible to determine a particular state of mind of a driver at any given moment. The question to be asked, therefore, given that liability for dangerous driving is based on negligence, is whether, viewed objectively, the accused exercised the appropriate standard of care—not whether the accused subjectively intended the consequences of his or her action. The accused can still raise a reasonable doubt that a rea-

feu jaune dans un sens et le feu vert dans l'autre. Selon un témoin, qui avait suivi le camion sur une bonne distance, l'appelant avait traversé une autre intersection au moment où le feu devenait rouge. Ce témoin a estimé à 50 ou 60 km/h la vitesse du camion au moment de la collision.

Le juge du procès a conclu que les actes de l'appelant s'écartaient de façon flagrante de la norme de diligence à laquelle on peut s'attendre que se conforment les conducteurs prudents et l'a reconnu coupable de conduite dangereuse causant la mort. Cette décision a été confirmée en appel. Il s'agit en l'espèce de déterminer s'il existe un élément subjectif dans la *mens rea* devant être établie par le ministère public afin de prouver l'infraction de conduite dangereuse prévue à l'art. 233 (maintenant l'art. 249) du *Code criminel*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: La *mens rea* dans le cas de l'infraction de conduite dangereuse devrait être appréciée objectivement mais dans le contexte de tous les événements entourant l'incident. Le critère objectif satisfait aux exigences de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et a été correctement appliqué en l'espèce.

La conduite négligente d'un véhicule automobile peut être considérée comme un continuum où l'on va de l'inattention momentanée qui entraîne la responsabilité civile, en passant par la conduite imprudente prévue au code de la route d'une province, jusqu'à la conduite dangereuse sanctionnée par le *Code criminel*.

L'article 233 (maintenant l'art. 249) du *Code criminel* commande l'application d'une norme objective. Cette norme est tout à fait indiquée étant donné la nécessité de réduire le carnage sur les routes. La prise en considération des facteurs personnels, essentielle pour la détermination de l'intention subjective, n'est, en général, pas nécessaire compte tenu des normes fixes en ce qui concerne la santé physique et mentale ainsi que de la connaissance de base de la norme de diligence que doivent avoir les titulaires de permis de conduire. Un conducteur qui a agi d'une manière objectivement dangereuse ne devrait pas être acquitté au motif qu'il ne pensait pas lors de l'accident à sa façon de conduire. De par sa nature même, la conduite d'un véhicule automobile présente souvent un aspect habituel et automatique, à tel point en fait qu'il est presque impossible de déterminer quel pouvait être l'état d'esprit d'un conducteur à un moment donné. Comme c'est sur la négligence que repose un verdict de culpabilité de conduite dangereuse, la question à se poser est donc de savoir si, du point de

sonable person would have been aware of the risks of his or her conduct. The test must be applied flexibly in the context of the events surrounding the incident.

The trier of fact must be satisfied that the conduct amounted to a marked departure from the standard of care that a reasonable person would observe in the accused's situation. If the accused offers an explanation, such as a sudden and unexpected onset of illness, the trier of fact, in order to convict, must be satisfied that a reasonable person in similar circumstances ought to have been aware of the risk and of the danger involved in the conduct manifested by the accused. A charge to the jury need only follow this reasoning. It need not be long or complex. Neither the section nor the offence requires it.

Per Lamer C.J. and McLachlin J.: The reasons of Cory J. were agreed with, subject to certain observations on the concept of fault and the "modified objective test". An objective test applied here; the question is not what was in the accused's mind but the absence of the mental state of care inferred from conduct of the accused. The fault is established if that conduct evinces a want of care judged by the standard of a reasonable person in similar circumstances. The relevant circumstances may include circumstances personal to the accused relating to whether the accused lacked the capacities or powers necessary to attain the mental state of care required in the circumstances.

Either the objective or the subjective test is capable of establishing the *mens rea* of a criminal offence. A dangerous or repugnant act, coupled with want of care representing a marked departure from the standard of a reasonable person in all the circumstances, may constitute a criminal offence. A clear distinction, however, must be made between subjective and objective *mens rea*. The phrase "modified objective test" was introduced to ensure that jurists applying the objective test take into account all relevant circumstances in the events surrounding the alleged offence and give the accused an opportunity to raise a reasonable doubt as to what a reasonable person would have thought in the particular sit-

vue objectif, l'accusé a satisfait à la norme appropriée de diligence, et non pas de savoir si, subjectivement, il a voulu les conséquences de son acte. Il reste tout de même loisible à l'accusé de faire naître un doute raisonnable quant à savoir si une personne raisonnable aurait été consciente des risques inhérents à son comportement. Le critère est à appliquer avec souplesse dans le contexte des événements entourant l'incident en question.

Le juge des faits doit être convaincu qu'il s'agit d'un comportement qui représentait un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la situation de l'accusé. Si l'accusé offre une explication, par exemple, une maladie soudaine et imprévue, il faut alors pour qu'il y ait déclaration de culpabilité que le juge des faits soit convaincu qu'une personne raisonnable dans des circonstances analogues aurait dû être consciente du risque et du danger inhérents au comportement de l'accusé. Les directives au jury n'ont qu'à suivre ce raisonnement. Il n'est pas nécessaire qu'elles soient longues ou compliquées, car ni l'article en cause ni l'infraction ne le commandent.

Le juge en chef Lamer et le juge McLachlin: Les motifs du juge Cory sont acceptés sous réserve de certaines observations concernant la notion de faute et le «critère objectif modifié». C'est un critère objectif qui s'applique en l'espèce; la question ne porte pas sur ce qui s'est passé dans l'esprit de l'accusé mais sur l'absence d'un état mental de diligence qui se déduit de la conduite de l'accusé. L'existence de la faute est prouvée si cette conduite manifeste un manque de diligence jugé selon la norme d'une personne raisonnable dans des circonstances analogues. Les circonstances pertinentes peuvent comprendre des circonstances qui sont personnelles à l'accusé, à savoir s'il avait ou non les aptitudes ou les pouvoirs nécessaires pour atteindre l'état mental de diligence requis.

La *mens rea* d'une infraction criminelle peut être établie soit au moyen du critère objectif, soit au moyen du critère subjectif. Un acte dangereux ou répugnant, accompagné d'un manque de diligence représentant un écart marqué par rapport à la norme d'une personne raisonnable dans toutes les circonstances, peut constituer une infraction criminelle. Il faut toutefois faire une distinction nette entre la *mens rea* subjective et la *mens rea* objective. L'expression «critère objectif modifié» a été introduite dans le but de s'assurer que les juristes qui appliquent le critère objectif tiennent compte de toutes les circonstances pertinentes dans les événements entourant l'infraction reprochée et donnent à l'accusé la pos-

uation in which the accused found himself or herself. This phrase, if it is taken to suggest an amalgam of objective and subjective factors and looks at what ought to have been in the accused's mind, but goes on to consider what was actually there or not there, blurs the distinction between subjective and objective *mens rea*. On the objective test, the Crown is not required to establish what was in the accused's mind as a matter of fact. Under the objective test, only an honest and reasonably held belief can exonerate the accused. It is no defence that the accused thought he or she was being careful. Circumstances may arise where the accused's action was involuntary, with the result that there was not *actus reus*.

Per La Forest J.: Substantial agreement was expressed for the comments of Cory J. on the *mens rea* required for the offence of dangerous driving. It was noted, however, that this provision (a quasi-regulatory offence) differs in both its wording and object from the general offence of criminal negligence which requires a subjective *mens rea*.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238; *Binus v. The Queen*, [1967] S.C.R. 594; *R. v. Beaudoin* (1973), 12 C.C.C. (2d) 81; **referred to:** *R. v. Mason* (1990), 60 C.C.C. (3d) 338; *Peda v. The Queen*, [1969] S.C.R. 905; *R. v. Lowe* (1974), 21 C.C.C. (2d) 193; *R. v. Mueller* (1975), 29 C.C.C. (2d) 243; *R. v. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; *R. v. Waite*, [1989] 1 S.C.R. 1436.

By McLachlin J.

Considered: *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392.

By La Forest J.

Referred to: *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; *R. v. Waite*, [1989] 1 S.C.R. 1436.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

sibilité de faire naître un doute raisonnable au sujet de ce qu'une personne raisonnable aurait pensé dans la situation particulière dans laquelle se trouvait lui-même l'accusé. Cette expression, si elle est interprétée comme signifiant un amalgame de facteurs objectifs et subjectifs et si elle considère ce qui aurait dû se passer dans l'esprit de l'accusé, mais tient ensuite compte de ce qui s'y est réellement passé ou non, efface la distinction entre la *mens rea* subjective et la *mens rea* objective. Dans le cas du critère objectif, le ministère public n'est pas tenu de prouver comme un fait ce qui se passait dans l'esprit de l'accusé. D'après le critère objectif, seule une croyance sincère et raisonnablement entretenue peut exonérer l'accusé. L'accusé ne saurait alléguer pour sa défense qu'il croyait être prudent. Dans certaines circonstances, l'acte de l'accusé peut avoir été involontaire, de sorte qu'il n'y a pas d'*actus reus*.

Le juge La Forest: L'opinion du juge Cory en ce qui concerne la *mens rea* requise pour l'infraction de conduite dangereuse est, pour l'essentiel, approuvée. Il est toutefois noté que cette disposition (il s'agit d'une infraction quasi réglementaire) diffère tant par sa formulation que par son objet de l'infraction générale de négligence criminelle, qui commande une *mens rea* subjective.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *Mann c. The Queen*, [1966] R.C.S. 238; *Binus c. The Queen*, [1967] R.C.S. 594; *R. c. Beaudoin* (1973), 12 C.C.C. (2d) 81; **arrêts mentionnés:** *R. c. Mason* (1990), 60 C.C.C. (3d) 338; *Peda c. The Queen*, [1969] R.C.S. 905; *R. c. Lowe* (1974), 21 C.C.C. (2d) 193; *R. c. Mueller* (1975), 29 C.C.C. (2d) 243; *R. c. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *R. c. Waite*, [1989] 1 R.C.S. 1436.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt examiné: *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392.

i Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *R. c. Waite*, [1989] 1 R.C.S. 1436.

j **Lois et règlements cités**

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 233(1), (4), as am. by S.C. 1985, c. 19, s. 36 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 249(1), (4)).

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 233(1), (4), mod. par S.C. 1985, ch. 19, art. 36 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 249(1), (4)).

Authors Cited

Burns, Peter. "An Aspect of Criminal Negligence or How the Minotaur Survived Theseus Who Became Lost in the Labyrinth" (1970), 48 *Can. Bar Rev.* 47.
 Canada. Transport Canada. Road Safety and Motor Vehicle Regulation Directorate. *Preliminary Fatality Statistics*. Leaflet CL 9211 (e). Ottawa: May 1992.
 Rosenberg, Marc. "The *Mens Rea* Requirements of Criminal Negligence: *R. v. Waite* and *R. v. Tutton*" (1990), 2 *J.M.V.L.* 243.
 Stalker, M. Anne. "The Fault Element in Recodifying Criminal Law: A Critique" (1989), 14 *Queen's L.J.* 119.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1987.
 Stuart, Don. "Criminal Negligence: Deadlock and Confusion in the Supreme Court" (1989), 69 *C.R.* (3d) 331.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 63 *C.C.C.* (3d) 214, 6 *C.R.* (4th) 215, 29 *M.V.R.* (2d) 108, dismissing an appeal from conviction by Preston Co. Ct. J. Appeal dismissed.

S. R. Chamberlain, Q.C., for the appellant.

Alexander Budlovsky, for the respondent.

The reasons of Lamer C.J. and McLachlin J. were delivered by

MCLACHLIN J.—I agree with the reasons and disposition proposed by Justice Cory, but wish to add certain observations on the concept of fault and the "modified objective test".

As my colleague Cory J. points out, fault in criminal offences may be assessed by an objective standard or by a subjective standard. An offence can require proof of a positive state of mind, such as intent, recklessness or wilful blindness. If so, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused possessed the requisite state of

a Doctrine citée

Burns, Peter. «An Aspect of Criminal Negligence or How the Minotaur Survived Theseus Who Became Lost in the Labyrinth» (1970), 48 *R. du B. can.* 47.
 Canada. Ministère des Transports. Direction de la sécurité routière et de la réglementation automobile. *Statistiques préliminaires de la mortalité sur les routes*. Feuillet CL 9211 (f). Ottawa: mai 1992.
 Rosenberg, Marc. «The *Mens Rea* Requirements of Criminal Negligence: *R. v. Waite* and *R. v. Tutton*» (1990), 2 *J.M.V.L.* 243.
 Stalker, M. Anne. «The Fault Element in Recodifying Criminal Law: A Critique» (1989), 14 *Queen's L.J.* 119.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1987.
 Stuart, Don. «Criminal Negligence: Deadlock and Confusion in the Supreme Court» (1989), 69 *C.R.* (3d) 331.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 63 *C.C.C.* (3d) 214, 6 *C.R.* (4th) 215, 29 *M.V.R.* (2d) 108, qui a rejeté l'appel interjeté contre un verdict de culpabilité rendu par le juge Preston de la Cour de comté. Pourvoi rejeté.

S. R. Chamberlain, c.r., pour l'appellant.

Alexander Budlovsky, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Je suis d'accord avec les motifs et le dispositif du juge Cory, mais je désire ajouter certaines observations sur la notion de faute et le «critère objectif modifié».

Comme le signale mon collègue le juge Cory, la faute dans les infractions criminelles peut être évaluée grâce à une norme objective ou à une norme subjective. Une infraction peut exiger la preuve d'un état d'esprit positif, tel que l'intention, l'insouciance ou l'aveuglement volontaire. Si c'est le cas, le ministère public doit prouver hors de tout

mind. This is a subjective test, based on what was actually in the accused's mind. On the other hand, the fault may lie in the accused's negligence or inadvertence. In this case an objective test applies; the question is not what was in the accused's mind but the absence of the mental state of care. This want of due care is inferred from conduct of the accused. If that conduct evinces a want of care judged by the standard of a reasonable person in similar circumstances, the necessary fault is established. The relevant circumstances may include circumstances personal to the accused, relating to whether the accused lacked the capacities or powers necessary to attain the mental state of care required in the circumstances.

Although the fault required by the subjective test is arguably greater than that required by the objective test, either is capable of establishing the *mens rea* of a criminal offence. As Professor Stuart states, "not thinking, or not thinking properly" can be a sufficient basis for attributing fault to an accused (Don Stuart, "Criminal Negligence: Deadlock and Confusion in the Supreme Court" (1989), 69 C.R. (3d) 331, at p. 333). In his view, when engaging in dangerous behaviour,

a failure to exercise one's capacities and powers to bring about and control conduct and its risks is a culpable failure, and sufficiently morally culpable to attract the criminal sanction. In terms of deterrence, on this notion, we can and do teach ourselves to take care when we know that, if we do not, we will be punished. We are often capable of becoming less inadvertent. There is also an important pragmatic and realistic consideration. The traditional subjective awareness emphasis cannot cope with the truth that many of our acts in the real world, such as driving a motor vehicle, are automatic and reflexive and occur without conscious thought.

Marc Rosenberg similarly suggests that "sometimes it is the very failure to advert to the circum-

doute raisonnable que l'accusé avait l'état d'esprit requis. Il s'agit d'un critère subjectif, fondé sur ce qui s'est vraiment passé dans l'esprit de l'accusé. Par ailleurs, la faute peut résider dans la négligence ou l'inconscience de l'accusé. Dans ce cas, c'est un critère objectif qui s'applique; la question ne porte pas sur ce qui s'est passé dans l'esprit de l'accusé mais sur l'absence d'un état mental de diligence. Ce manque de diligence raisonnable se déduit de la conduite de l'accusé. Si cette conduite manifeste un manque de diligence jugé selon la norme d'une personne raisonnable dans des circonstances analogues, on a prouvé l'existence de la faute nécessaire. Les circonstances pertinentes peuvent comprendre des circonstances qui sont personnelles à l'accusé, à savoir s'il avait ou non les aptitudes ou les pouvoirs nécessaires pour atteindre l'état mental de diligence requis.

Bien que l'on puisse soutenir que la faute requise par le critère subjectif est plus grande que celle requise par le critère objectif, l'un ou l'autre peut établir la *mens rea* d'une infraction criminelle. Comme le déclare le professeur Stuart, [TRADUCTION] «ne pas penser ou ne pas penser correctement» peut être un fondement suffisant pour attribuer une faute à un accusé (Don Stuart, «Criminal Negligence: Deadlock and Confusion in the Supreme Court» (1989), 69 C.R. (3d) 331, à la p. 333). Selon lui, lorsqu'on adopte un comportement dangereux,

[TRADUCTION] le défaut d'exercer ses capacités et ses pouvoirs afin de provoquer et de maîtriser une conduite et les risques qu'elle peut entraîner est un défaut coupable, et suffisamment coupable sur le plan moral pour s'attirer une sanction pénale. Pour ce qui est de la dissuasion, en ce qui concerne cette notion, nous pouvons apprendre, et nous l'apprenons effectivement, à faire attention lorsque nous savons que, si nous ne le faisons pas, nous serons punis. Il nous est souvent possible de devenir moins insouciant. Il y a également une importante question pragmatique et réaliste. L'accent mis traditionnellement sur la conscience subjective ne résiste pas au fait qu'un grand nombre des actes que nous accomplissons dans la vie, comme la conduite d'un véhicule automobile, sont automatiques et réactifs et se produisent sans que nous y pensions consciemment.

Marc Rosenberg laisse entendre de la même manière que [TRADUCTION] «parfois c'est le défaut

stances which renders the conduct so dangerous” (Marc Rosenberg, “The *Mens Rea* Requirements of Criminal Negligence: *R. v. Waite* and *R. v. Tutton*” (1990), 2 *J.M.V.L.* 243, at p. 248). Professor Anne Stalker echoes this sentiment: “[n]ot to punish people who engage in such serious behaviour without considering its implications seems to put a premium on ignorance with regard to some very serious conduct” (M. Anne Stalker, “The Fault Element in Recodifying Criminal Law: A Critique” (1989), 14 *Queen’s L.J.* 119, at p. 127). Indeed, as Cory J. aptly puts it at pp. 884-85 of his reasons, “[i]t would be a denial of common sense for a driver, whose conduct was objectively dangerous, to be acquitted on the ground that he was not thinking of his manner of driving at the time.”

It follows that a dangerous or repugnant act, coupled with want of care representing a marked departure from the standard of a reasonable person in all the circumstances, may constitute a criminal offence. To accept the appellant’s submission that in all criminal cases the Crown must establish subjective *mens rea* would be to put the range of culpable conduct described by Stuart, Rosenberg and Stalker—conduct which has long formed part of our criminal law—beyond the law’s reach. That, to me, does not make sense.

Scholars have emphasized the importance of making a clear distinction between subjective and objective *mens rea*. Not to do so is dangerous. At the very least, it may induce a judge or jury to take into account the accused’s actual state of mind when the only issue is what the accused’s state of mind ought to have been. Thus Professor Stuart, *supra*, at p. 336, states that:

There must be a forthright recognition that there are offences such as criminal negligence which must be based on the objective standard. We need to know very clearly when we are convicting on the basis of the fact that the accused ought to have thought even though he did not.

de tenir compte des circonstances qui rend le comportement si dangereux» (Marc Rosenberg, «The *Mens Rea* Requirements of Criminal Negligence: *R. v. Waite* and *R. v. Tutton*» (1990), 2 *J.M.V.L.* 243, à la p. 248). Le professeur Anne Stalker abonde dans le même sens: [TRADUCTION] «[n]e pas punir les gens qui adoptent un comportement aussi grave sans tenir compte de ses conséquences semble récompenser l’ignorance en ce qui concerne une certaine conduite très grave» (M. Anne Stalker, «The Fault Element in Recodifying Criminal Law: A Critique» (1989), 14 *Queen’s L.J.* 119, à la p. 127). En fait, comme le dit pertinemment le juge Cory aux pp. 884 et 885 de ses motifs, «[i]l serait contraire au bon sens d’acquitter, au motif qu’il ne pensait pas lors de l’accident à sa façon de conduire, un conducteur qui a agi d’une manière objectivement dangereuse.»

Il s’ensuit qu’un acte dangereux ou répugnant, accompagné d’un manque de diligence représentant un écart marqué par rapport à la norme d’une personne raisonnable dans toutes les circonstances, peut constituer une infraction criminelle. Accepter l’allégation de l’appelant selon laquelle, dans toutes les affaires criminelles, le ministère public doit prouver l’existence d’une *mens rea* subjective équivaldrait à mettre la conduite coupable décrite par Stuart, Rosenberg et Stalker—conduite qui fait partie de notre droit pénal depuis longtemps—hors d’atteinte de la loi. D’après moi, cela n’a pas de sens.

Des auteurs ont souligné l’importance de faire une distinction nette entre la *mens rea* subjective et la *mens rea* objective. Il est dangereux de ne pas le faire. À tout le moins, cela peut inciter le juge ou le jury à tenir compte du véritable état d’esprit de l’accusé lorsqu’il s’agit uniquement de savoir quel aurait dû être l’état d’esprit de l’accusé. Ainsi, le professeur Stuart, *loc. cit.*, écrit à la p. 336:

[TRADUCTION] Il faut reconnaître franchement qu’il existe des infractions comme la négligence criminelle qui doivent être fondées sur la norme objective. Nous avons besoin de savoir très clairement quand nous sommes en train de rendre un verdict de culpabilité sur le fondement du fait que l’accusé aurait dû penser même s’il ne l’a pas fait.

Cory J. also emphasizes the importance of this distinction at p. 883 of his reasons: “there should be a clear distinction in the law between one who was aware (pure subjective intent) and one who should have taken care irrespective of awareness (pure objective intent).” I am in agreement with this conclusion.

This brings me to the modified objective test. The label “modified objective test” might be taken to suggest an amalgam of objective and subjective factors; a test that looks at what ought to have been in the accused’s mind, but goes on to consider what was actually there or not there. If this is what it means, it runs afoul of Professor Stuart’s sensible admonition that jurists should be very clear about whether they are convicting on the basis of the subjective test or the objective test. On the objective test, the Crown is not required to establish what was in the accused’s mind as a matter of fact.

Consideration of the context in which the term has been used suggests that the phrase “modified objective test” was introduced in an effort to ensure that jurists applying the objective test take into account all relevant circumstances in the events surrounding the alleged offence and give the accused an opportunity to raise a reasonable doubt as to what a reasonable person would have thought in the particular situation in which the accused found himself or herself. Thus Cory J. in discussing the modified objective test at p. 883 stresses that “personal factors” may be raised and affirms at p. 886 that “it will remain open to the accused to raise a reasonable doubt that a reasonable person would have been aware of the risks in the accused’s conduct”. He goes on to say, “The test must be applied with some measure of flexibility. That is to say the objective test should not be applied in a vacuum but rather in the context of the events surrounding the incident.”

Le juge Cory insiste également sur l’importance de cette distinction à la p. 883 de ses motifs: «[i] convient [...] en droit de faire une distinction nette entre la personne qui était consciente de son acte (intention subjective pure) et une personne qui aurait dû se montrer prudente indépendamment de la conscience (intention objective pure).» Je suis d’accord avec cette conclusion.

Cela m’amène au critère objectif modifié. L’étiquette «critère objectif modifié» pourrait signifier un amalgame de facteurs objectifs et subjectifs; un critère qui considère ce qui aurait dû se passer dans l’esprit de l’accusé, mais qui tient ensuite compte de ce qui s’y est réellement passé ou non. Si c’est ce que cette expression signifie, elle va à l’encontre de l’avertissement judicieux du professeur Stuart selon lequel les juristes devraient être très clairs quant à savoir s’ils sont en train de rendre un verdict de culpabilité sur le fondement du critère subjectif ou du critère objectif. Dans le cas du critère objectif, le ministère public n’est pas tenu de prouver comme un fait ce qui se passait dans l’esprit de l’accusé.

La prise en considération du contexte dans lequel le terme a été utilisé laisse supposer que l’expression «critère objectif modifié» a été introduite dans le but de s’assurer que les juristes qui appliquent le critère objectif tiennent compte de toutes les circonstances pertinentes dans les événements entourant l’infraction reprochée et donnent à l’accusé la possibilité de faire naître un doute raisonnable au sujet de ce qu’une personne raisonnable aurait pensé dans la situation particulière dans laquelle se trouvait lui-même l’accusé. Ainsi le juge Cory, en examinant le critère objectif modifié, souligne, à la p. 883, qu’il est possible de soulever des «facteurs personnels» et affirme, à la p. 886, qu’«il sera tout de même loisible à l’accusé de faire naître un doute raisonnable quant à savoir si une personne raisonnable aurait été consciente des risques inhérents à son comportement». Il ajoute: «Une certaine souplesse s’impose dans l’application du critère. En d’autres termes, le critère objectif est à appliquer non pas dans l’abstrait mais dans le contexte des événements entourant l’incident en question.»

If, as my colleague suggests, McIntyre J. was describing a modified objective test in *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, at p. 1432, the language and example used indicate that his concern too was to ensure that in applying the objective test all relevant circumstances, including those personal to the accused be considered. He reaffirms the objective test by asserting that only “an honest and reasonably held belief” can exonerate the accused. In other words, it is no defence to say, on the subjective level, “I was being careful”, or “I believed I could do what I did without undue risk”. The defence arises only if that belief was reasonably held. McIntyre J. goes on to offer the example of a welder who is engaged to work in a confined space believing on the assurance of the owner of the premises that no combustible or explosive material is nearby. The welder charged in connection with a subsequent explosion, McIntyre J. asserts, should be allowed to introduce evidence that he believed there were no combustible or explosive materials on the premises. This is an objective test; the fact that the welder had been told there were no combustible or explosive materials on the site is one of the circumstances which a jury should take into account in determining what a reasonable person would have thought and done. Was it reasonable for the welder in these circumstances to turn his torch on in the enclosed space? The answer, on the objective test, is “of course”.

Nor does Cory J.’s example of “a totally unexpected heart attack, epileptic seizure or detached retina” (at p. 886), which renders an accused unable to control his or her motor vehicle, require the introduction of an element of subjectivity. The better analysis, in my view, is that the onset of a “disease or disability” makes the act of losing control of the motor vehicle involuntary, with the result that there is no *actus reus*. Thus we do not reach the question of what a reasonable person would have been thinking or adverting to as the car goes off the road, much less what the accused was in fact thinking or not thinking. Alternatively, if the

Si, comme le laisse entendre mon collègue, le juge McIntyre décrit un critère objectif modifié dans l’arrêt *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, à la p. 1432, le libellé et l’exemple utilisés indiquent qu’il se préoccupait également de s’assurer que, dans l’application du critère objectif, il soit tenu compte de toutes les circonstances, dont celles qui sont personnelles à l’accusé. Il réaffirme le critère objectif en déclarant que seule «une croyance sincère et raisonnablement entretenue» peut exonérer l’accusé. En d’autres mots, on ne peut pas dire pour se défendre, sur le plan subjectif: «J’étais prudent» ou «J’ai cru pouvoir faire ce que j’ai fait sans trop de risques». Le moyen de défense peut être invoqué seulement si cette croyance était raisonnablement entretenue. Le juge McIntyre donne ensuite l’exemple du soudeur qui est engagé pour travailler dans un espace restreint et qui se fie à la parole du propriétaire des lieux qu’aucune matière combustible ou explosive ne se trouve à proximité. Le soudeur accusé relativement à une explosion subséquente, dit le juge McIntyre, devrait pouvoir démontrer qu’il avait des motifs de croire qu’il n’y avait aucune matière combustible ou explosive sur les lieux. Il s’agit là d’un critère objectif; le fait que le soudeur avait été informé qu’il n’y avait aucune matière combustible ou explosive à cet endroit est l’une des circonstances qu’un jury devrait prendre en considération pour déterminer ce qu’une personne raisonnable aurait pensé et fait. Était-il raisonnable pour un soudeur dans ces circonstances d’allumer son chalumeau dans l’espace clos? La réponse, d’après le critère objectif, est «naturellement».

L’exemple donné par le juge Cory du conducteur qui «tout à fait soudainement, souffre d’une crise cardiaque, d’une attaque d’épilepsie ou d’un détachement de la rétine» (à la p. 886) qui font que l’accusé est incapable de maîtriser son véhicule n’exige pas non plus l’introduction d’un élément de subjectivité. La meilleure analyse, à mon avis, est de dire que la «maladie ou incapacité» soudaine occasionne la perte involontaire du contrôle du véhicule, de sorte qu’il n’y a pas d’*actus reus*. Ainsi, nous n’avons pas à nous demander ce qu’une personne raisonnable aurait pensé ou ce dont elle aurait tenu compte lorsque l’auto a quitté

actus reus were taken as established in these examples, the heart attack or epileptic seizure might be viewed as a circumstance which negates the ordinary inference of want of care which flows from the fact of having lost control of a motor vehicle. ^a

I would dispose of the appeal as proposed by Cory J. ^b

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I am in substantial agreement with what Justice Cory has to say about the *mens rea* required for the offence of dangerous driving and I would, therefore, dispose of the appeal in the manner proposed by him. I would simply add that, both in its wording and object (it is a quasi-regulatory offence), this provision differs from the general offence of criminal negligence which, concurring with Wilson J., I concluded required subjective *mens rea*; see *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, and *R. v. Waite*, [1989] 1 S.C.R. 1436. ^d

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

CORY J.—At issue on this appeal is whether there is a subjective element in the requisite *mens rea* which must be established by the Crown in order to prove the offence of dangerous driving described in s. 233 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as am. by S.C. 1985, c. 19, s. 36 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 249). ^e

Factual Background

The accident occurred at about 3:40 in the afternoon in downtown Vancouver. The streets were wet at the time, a situation not uncommon to that ^f

la route, et encore moins ce que l'accusé était de fait en train de penser ou ce à quoi il ne pensait pas. Subsidiairement, si l'*actus reus* était tenu pour prouvé dans ces exemples, la crise cardiaque ou l'attaque d'épilepsie pourraient être considérés comme une circonstance qui annule la conclusion ordinaire de manque de diligence découlant de la perte de la maîtrise d'un véhicule automobile.

Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge Cory.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Je souscris, pour l'essentiel, à l'opinion du juge Cory en ce qui concerne la *mens rea* requise pour l'infraction de conduite dangereuse et, par conséquent, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la manière qu'il propose. Je voudrais simplement ajouter que, tant par sa formulation que par son objet (il s'agit d'une infraction quasi réglementaire), cette disposition diffère de l'infraction générale de négligence criminelle qui nécessite une *mens rea* subjective, comme j'ai conclu, en souscrivant aux motifs du juge Wilson; voir *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, et *R. c. Waite*, [1989] 1 R.C.S. 1436. ^f

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

LE JUGE CORY—Il s'agit en l'espèce de déterminer s'il existe un élément subjectif dans la *mens rea* devant être établie par le ministère public afin de prouver l'infraction de conduite dangereuse prévue à l'art. 233 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, mod. par S.C. 1985, ch. 19, art. 36 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 249). ^g

Les faits

L'accident en cause est survenu vers 15 h 40 au centre-ville de Vancouver. La chaussée était alors humide, phénomène assez commun d'ailleurs dans

city. The downtown traffic was heavy. The appellant was driving his dump truck eastbound on Nelson Street, a four lane road, approaching its intersection with Cambie Street. At the time, his truck was overloaded. It exceeded by 1160 kg the maximum gross weight permitted for the vehicle. He was travelling in the passing lane for eastbound traffic. The deceased was travelling southbound on Cambie Street. He had stopped for a red light at the intersection with Nelson Street. When the light turned green, the deceased proceeded into the intersection through a cross-walk, continued south across the two lanes for westbound traffic on Nelson Street and reached the passing lane for eastbound traffic. At that moment, his car was struck on the right side by the dump truck killing him instantly.

The appellant stated that when he approached the intersection of Nelson and Cambie Streets he observed that the light had turned amber. He thought that he could not stop in time so he simply honked his horn and continued through the intersection when the impact occurred. Several witnesses observed the collision. They testified that the appellant's truck entered the intersection after the Nelson Street traffic light had turned red. It was estimated that at least one second had passed between the end of the amber light and the time when the dump truck first entered the intersection. A Vancouver police officer gave evidence that the red light for Nelson at this intersection is preceded by a three second amber light and there is a further one-half second delay before the Cambie light turned green. One witness observed that the deceased's vehicle had travelled almost the entire width of the intersection before it was struck by the truck. Another witness, Mr. Mumford, had been travelling close to the appellant's truck through some twelve intersections. He testified that on an earlier occasion, the appellant went through an intersection as the light turned red. He estimated the speed of the truck at the time of the collision was between 50 to 60 kilometres per hour.

cette ville. De plus, la circulation était dense. L'appelant conduisait son camion à benne en direction est dans la rue Nelson, un chemin à quatre voies, et il s'approchait de l'intersection des rues Nelson et Cambie. Le camion était surchargé, dépassant de 1 160 kg le poids brut maximal permis pour le véhicule. L'appelant roulait dans la voie de dépassement destinée aux véhicules circulant vers l'est. La victime, qui se dirigeait vers le sud dans la rue Cambie, s'était arrêtée à un feu rouge à l'intersection susmentionnée. Quand elle a eu le feu vert, la victime s'est engagée dans l'intersection en franchissant un passage pour piétons puis, roulant en direction sud, a traversé les deux voies réservées à la circulation allant vers l'ouest dans la rue Nelson et a gagné la voie de dépassement pour la circulation se dirigeant vers l'est. À ce moment, le camion a percuté le côté droit de la voiture de la victime, entraînant la mort instantanée de celle-ci.

L'appelant a dit avoir constaté que le feu était devenu jaune quand il s'approchait de l'intersection des rues Nelson et Cambie. Croyant ne pouvoir s'arrêter à temps, il a simplement donné un coup d'avertisseur et s'est engagé dans l'intersection. C'est alors que s'est produite la collision, dont il y a eu plusieurs témoins. D'après ces derniers, le camion de l'appelant est entré dans l'intersection après que le feu de circulation de la rue Nelson était devenu rouge. Ils estimaient qu'au moins une seconde s'était écoulée entre la fin du feu jaune et le moment où le camion a atteint l'intersection. Un policier de Vancouver a témoigné qu'à l'intersection en question le feu rouge pour la rue Nelson est précédé d'un feu jaune d'une durée de trois secondes auxquelles s'ajoute une demi-seconde d'attente avant que le feu ne tourne au vert pour la rue Cambie. L'un des témoins a constaté que le véhicule de la victime avait presque franchi l'intersection lorsque le camion l'a heurté. Un autre témoin, M. Mumford, a roulé près du camion de l'appelant sur une distance comprenant une douzaine d'intersections. Il a affirmé qu'il avait déjà vu l'appelant traverser une intersection au moment où le feu devenait rouge. Il a estimé à 50 ou 60 kilomètres à l'heure la vitesse du camion quand la collision a eu lieu.

Judgments BelowThe County Court of Vancouver

The trial judge rejected the evidence of the appellant and accepted that of the other witnesses. In his view, the Crown was required to establish “that the accused did not exercise the care of a prudent driver having regard to all the circumstances that were in existence at the time that this collision occurred”. He reviewed all the surrounding conditions and found that the appellant’s actions represented a gross departure from the standard of care to be expected from a prudent driver. He therefore found the appellant guilty of dangerous driving causing death.

British Columbia Court of Appeal (1991), 63 C.C.C. (3d) 214

Majority

Legg J.A., with Locke J.A. concurring, rejected the view that a conviction under s. 249 requires the Crown to prove that the appellant persisted in driving when he knew that, in all the circumstances, his driving was dangerous. He referred extensively to the decision in *R. v. Mason* (1990), 60 C.C.C. (3d) 338 (B.C.C.A.). Legg J.A. found that proof of a marked departure from the norm was sufficient to sustain a conviction for dangerous driving without any express finding of advertent negligence. He held that there was ample evidence to support the finding of the trial judge that the appellant’s actions represented a gross departure from the standard of care of a prudent driver. The appeal was therefore dismissed.

Dissent

Lambert J.A. reviewed the jurisprudence dealing with criminal negligence and its relationship to dangerous driving. He determined that the lower court should apply the test that was more favourable to the accused. He therefore concluded that the Crown must establish advertent or subjective negligence in order to obtain a conviction under

Les jugements des juridictions inférieuresCour de comté de Vancouver

Le juge du procès a rejeté le témoignage de l’appelant et retenu ceux des autres témoins. De l’avis du juge, il incombait au ministère public d’établir [TRADUCTION] «que, eu égard à toutes les circonstances dans lesquelles la collision a eu lieu, l’accusé n’a pas agi en conducteur prudent». Ayant examiné les circonstances, il a conclu que les actes de l’appelant s’écartaient de façon flagrante de la norme de diligence à laquelle on peut s’attendre que se conforment les conducteurs prudents. Le juge l’a en conséquence reconnu coupable de conduite dangereuse causant la mort.

Cour d’appel de la Colombie-Britannique (1991), 63 C.C.C. (3d) 214

Les motifs de la majorité

Le juge Legg, avec l’appui du juge Locke, a repoussé la thèse voulant que, pour obtenir un verdict de culpabilité en vertu de l’art. 249, le ministère public doive prouver que l’appelant a persisté à conduire alors même qu’il savait que, dans les circonstances, il conduisait dangereusement. Le juge Legg s’est beaucoup référé à l’arrêt *R. c. Mason* (1990), 60 C.C.C. (3d) 338 (C.A.C.-B.) et a conclu qu’un écart marqué par rapport à la norme suffit pour fonder une déclaration de culpabilité de conduite dangereuse sans qu’il soit nécessaire de conclure expressément à la négligence consciente. Il existe, selon le juge Legg, amplement d’éléments de preuve à l’appui de la conclusion du juge du procès que les actes de l’appelant constituent un écart flagrant par rapport à la norme de diligence du conducteur prudent. L’appel a en conséquence été rejeté.

Les motifs de dissidence

Le juge Lambert a passé en revue la jurisprudence portant sur la négligence criminelle en tant que celle-ci se rapporte à la conduite dangereuse. Il a décidé que la juridiction inférieure doit appliquer le critère le plus favorable à l’accusé, ce qui l’a amené à conclure que le ministère public est tenu d’établir la négligence consciente ou subjective s’il

s. 233 (now s. 249). He found that the trial judge had not turned his mind to the issue of whether the Crown had proved beyond a reasonable doubt the subjective element of the *mens rea* of dangerous driving. He therefore would have directed a new trial.

Analysis

The relevant portions of s. 233 read as follows:

233. (1) Every one commits an offence who operates

(a) a motor vehicle on a street, road, highway or other public place in a manner that is dangerous to the public, having regard to all the circumstances, including the nature, condition and use of such place and the amount of traffic that at the time is or might reasonably be expected to be on such place;

(4) Every one who commits an offence under subsection (1) and thereby causes the death of any other person is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

At the outset it must be admitted that the cases dealing with driving offences are not models of clarity. Professor Stuart in his book *Canadian Criminal Law* (2nd ed. 1987), at p. 202, states quite frankly that the law with regard to driving offences is a mess. He writes:

As a matter of theory the law of driving offences has long been in a mess. The offence of careless driving may require simple or gross negligence; the more serious offence of dangerous driving involves simple negligence although sometimes the courts talk about an "advertence" requirement; and the most serious offence of negligent driving required on one view, advertent recklessness and on another gross inadvertent negligence. The law has been so confused that it has almost certainly been ignored. There is a fairyland quality to the esoteric analysis involved. Statistics indicate that

veut obtenir un verdict de culpabilité fondé sur l'art. 233 (maintenant l'art. 249). Le juge du procès, a dit le juge Lambert, ne s'est pas penché sur la question de savoir si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable l'élément subjectif de la *mens rea* en matière de conduite dangereuse. Cela étant, il était d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Analyse

Les dispositions pertinentes de l'art. 233 sont les suivantes:

233. (1) Commet une infraction quiconque conduit, selon le cas:

a) un véhicule à moteur dans une rue, sur un chemin, une grande route ou dans un autre endroit public d'une façon dangereuse pour le public, compte tenu de toutes les circonstances y compris la nature et l'état de cet endroit, l'utilisation qui en est faite ainsi que l'intensité de la circulation à ce moment ou raisonnablement prévisible à cet endroit;

(4) Quiconque commet une infraction mentionnée au paragraphe (1) et cause ainsi la mort d'une autre personne est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans.

D'entrée de jeu, il faut convenir que la jurisprudence traitant des infractions en matière de conduite automobile n'est pas ce qu'il y a de plus lumineux. En effet, le professeur Stuart, dans son livre intitulé *Canadian Criminal Law* (2^e éd. 1987), à la p. 202, qualifie très franchement de fouillis le droit relatif à ces infractions:

[TRADUCTION] Sur le plan de la théorie, voilà longtemps que le droit relatif aux infractions en matière de conduite automobile est un fouillis. Soit la négligence simple soit la négligence grave peut être exigée pour qu'il y ait infraction de conduite imprudente. Dans le cas de l'infraction plus grave de conduite dangereuse, c'est la négligence simple qui est retenue, quoique les tribunaux fassent parfois mention de l'exigence d'un acte «conscient». Quant à l'infraction la plus grave, celle de conduite négligente, ce qu'il faut, selon un point de vue, c'est une insouciance consciente et, selon un autre, une négligence grave inconsciente. La confusion qui caractérise le droit dans ce domaine est tellement

most prosecutors have been content to rely on the provincial careless driving offence.

Professor Peter Burns aptly described the search for the appropriate *mens rea* for dangerous driving as being as “elusive as the legendary Minotaure” (at p. 60 in Peter Burns, “An Aspect of Criminal Negligence or How the Minotaure Survived Theseus Who Became Lost in the Labyrinth” (1970), 48 *Can. Bar Rev.* 47).

Earlier Cases Dealing with this Section

In *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238, it was held that the provincial careless driving offences were constitutional. The complicating factor arising from that case is that this finding of constitutional validity was based upon a conclusion that the provincial offences did not duplicate the federal laws as the *Criminal Code* driving offence required more than “inadvertent negligence”.

The majority in *Binus v. The Queen*, [1967] S.C.R. 594, confirmed the ruling in *Mann v. The Queen*, *supra*, that dangerous driving required more than inadvertent negligence. However, there appears to be some contradictory aspects to the case since the majority also upheld the jury charge which was in these terms at p. 602: “if you find on the facts that the manner of driving was dangerous, in your opinion you may disregard the matter of intent”. Later in *Peda v. The Queen*, [1969] S.C.R. 905, the majority held that it was necessary to instruct the jury on the difference between advertent and inadvertent negligence when dealing with the offence of dangerous driving.

grande qu'on n'en a presque certainement pas tenu compte. Il donne lieu d'ailleurs à des analyses qui, de par leur ésotérisme, tiennent de l'irréel, et, d'après les statistiques, la plupart des avocats de la poursuite se sont contentés de se rabattre sur l'infraction provinciale de conduite imprudente.

Le professeur Peter Burns affirme avec justesse que la *mens rea* appropriée en matière de conduite dangereuse s'avère [TRADUCTION] «aussi insaisissable que le légendaire Minotaure» (Peter Burns, «An Aspect of Criminal Negligence or How the Minotaure Survived Theseus Who Became Lost in the Labyrinth» (1970), 48 *R. du B. can.* 47, à la p. 60).

Les arrêts moins récents portant sur l'article en cause

Dans l'arrêt *Mann c. The Queen*, [1966] R.C.S. 238, notre Cour a conclu à la constitutionnalité des infractions provinciales de conduite imprudente. Cet arrêt amène toutefois une complication en ce sens que la déclaration de constitutionnalité reposait sur la conclusion que les infractions provinciales ne faisaient pas double emploi avec la loi fédérale puisque l'infraction en matière de conduite automobile prévue par le *Code criminel* nécessitait davantage qu'une [TRADUCTION] «négligence inconsciente».

Les juges majoritaires dans l'arrêt *Binus c. The Queen*, [1967] R.C.S. 594, ont confirmé la décision, rendue dans l'arrêt *Mann c. The Queen*, précité, voulant que la seule négligence inconsciente ne suffisait pas pour qu'il y ait conduite dangereuse. L'arrêt paraît cependant présenter certaines incohérences puisque la majorité a également maintenu les directives suivantes données au jury, à la p. 602: [TRADUCTION] «si, compte tenu des faits, vous estimez qu'il s'agit d'une façon dangereuse de conduire, vous pouvez faire abstraction de l'intention». Subséquemment, dans l'arrêt *Peda c. The Queen*, [1969] R.C.S. 905, les juges majoritaires ont conclu à la nécessité d'expliquer au jury la différence entre la négligence consciente et la négligence inconsciente dans le contexte de l'infraction de conduite dangereuse.

These cases unfortunately support the contention of academic writers that decisions relating to dangerous driving are somewhat confusing if not contradictory and provide little in the way of guidance. For their part, lower courts have increasingly tended to fix an objective standard for the offence. For example, in *R. v. Beaudoin* (1973), 12 C.C.C. (2d) 81, the Ontario Court of Appeal set forth an objective test for determining if the offence had been committed. At p. 85, the court stated:

To support a charge of dangerous driving the prosecution must prove by credible evidence beyond a reasonable doubt:

1. that the lives or safety of others were endangered by the defendant's driving, and
2. that such jeopardizing resulted from the driver's departure from the standard of care that a prudent driver would have exercised having regard to what actually were or might reasonably have been expected to be the condition, nature or use of the place where he was driving (including the amount of traffic thereon).

In *R. v. Beaudoin, supra*, the Court of Appeal went on to hold that while the onus of proof was on the Crown, an accused could offer an explanation of his or her conduct and thereby discharge the evidential onus. It was determined that if the accused does not offer an explanation, then simply to read the section to the jury would provide sufficient instruction. However, there would have to be further directions to the jury if an explanation was offered by the accused. This approach was followed in several Ontario cases. See: *R. v. Lowe* (1974), 21 C.C.C. (2d) 193 (Ont. C.A.), *R. v. Mueller* (1975), 29 C.C.C. (2d) 243 (Ont. C.A.), *R. v. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428 (Ont. C.A.). What then is required to establish the requisite *mens rea* for this offence?

Voilà donc une jurisprudence qui, regrettablement, donne raison aux auteurs de doctrine, qui soutiennent que les décisions concernant la conduite dangereuse prêtent quelque peu à la confusion, se révélant même contradictoires, et qu'elles ne sont pas très utiles comme guides. Quant aux tribunaux d'instance inférieure, ils ont de plus en plus tendance à fixer une norme objective pour cette infraction. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Beaudoin* (1973), 12 C.C.C. (2d) 81, la Cour d'appel de l'Ontario a énoncé un critère objectif pour déterminer si l'infraction avait été commise. La cour a dit, à la p. 85:

[TRADUCTION] Pour soutenir une accusation de conduite dangereuse, la poursuite doit établir hors de tout doute raisonnable au moyen d'une preuve digne de foi:

1. que la façon de conduire du défendeur a mis en danger la vie ou la sécurité d'autrui, et
2. que cette mise en danger venait de l'omission du conducteur d'observer la norme de diligence qu'aurait respectée un conducteur prudent eu égard à ce qu'étaient en fait l'état, la nature ou l'utilisation de l'endroit où il conduisait (et eu égard notamment à l'intensité de la circulation à cet endroit), ou à ce qu'on aurait pu raisonnablement s'attendre qu'ils soient.

Dans l'affaire *R. c. Beaudoin*, précitée, la Cour d'appel a dit en outre que la charge de la preuve incombait certes au ministère public, mais que l'accusé pouvait expliquer son comportement et s'acquitter ainsi de la charge de présentation. Si l'accusé n'offre pas d'explication, a conclu la cour, le simple fait de donner lecture de l'article en question au jury constitue alors des directives suffisantes. Des directives supplémentaires s'imposeraient toutefois dans le cas où l'accusé fournirait une explication. Telle est la marche suivie dans plusieurs causes ontariennes. Voir: *R. c. Lowe* (1974), 21 C.C.C. (2d) 193 (C.A. Ont.), *R. c. Mueller* (1975), 29 C.C.C. (2d) 243 (C.A. Ont.), *R. c. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428 (C.A. Ont.). Que faut-il alors pour établir la *mens rea* requise pour cette infraction?

The Constitutional Requirement of *Mens Rea*

The appellant contends that the prison sentence which may be imposed for a breach of s. 233 (now s. 249) makes it evident that an accused cannot be convicted without proof beyond a reasonable doubt of a subjective mental element of an intention to drive dangerously. Certainly every crime requires proof of an act or failure to act, coupled with an element of fault which is termed the *mens rea*. This Court has made it clear that s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* prohibits the imposition of imprisonment in the absence of proof of that element of fault. See *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, and *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

Depending on the provisions of the particular section and the context in which it appears, the constitutional requirement of *mens rea* may be satisfied in different ways. The offence can require proof of a positive state of mind such as intent, recklessness or wilful blindness. Alternatively, the *mens rea* or element of fault can be satisfied by proof of negligence whereby the conduct of the accused is measured on the basis of an objective standard without establishing the subjective mental state of the particular accused. In the appropriate context, negligence can be an acceptable basis of liability which meets the fault requirement of s. 7 of the *Charter*. See *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154. Thus, the intent required for a particular offence may be either subjective or objective.

A truly subjective test seeks to determine what was actually in the mind of the particular accused at the moment the offence is alleged to have been committed. In his very useful text, Professor Stuart puts it in this way in *Canadian Criminal Law*, *supra*, at pp. 123-24 and 125:

What is vital is that *this accused* given his personality, situation and circumstances, actually intended, knew or foresaw the consequence and/or circumstance as the

L'exigence constitutionnelle en matière de *mens rea*

Selon l'appellant, comme une infraction à l'art. 233 (maintenant l'art. 249) risque d'entraîner une peine d'emprisonnement, il est évident qu'un accusé ne peut être déclaré coupable en l'absence d'une preuve hors de tout doute raisonnable de l'existence d'un élément moral subjectif, savoir l'intention de conduire dangereusement. Certes, la poursuite doit, pour chaque crime, faire la preuve d'un acte ou d'une omission assortis d'une faute, laquelle faute il est convenu d'appeler *mens rea*. Or, notre Cour a établi de façon non équivoque que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* interdit l'emprisonnement si l'existence de cette faute n'a pas été prouvée. Voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, et *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

Selon les dispositions de l'article en question et le contexte dans lequel figure celui-ci, il est différentes façons de satisfaire à l'exigence constitutionnelle en matière de *mens rea*. L'infraction peut exiger la preuve d'un état d'esprit positif tel que l'intention, l'insouciance ou l'aveuglement volontaire. La *mens rea* ou la faute peut par ailleurs être démontrée au moyen d'une preuve de négligence, auquel cas le comportement de l'accusé s'apprécie en fonction d'une norme objective sans qu'on ait à établir son état d'esprit subjectif. Dans un contexte approprié, la négligence peut constituer au regard de l'exigence en matière de faute posée par l'art. 7 de la *Charte* un fondement acceptable d'une conclusion à la culpabilité. Voir *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154. D'où il s'ensuit que l'intention requise pour une infraction donnée peut être soit subjective, soit objective.

Un critère véritablement subjectif vise à déterminer ce que l'accusé avait réellement en tête au moment où il aurait commis l'infraction. Le professeur Stuart l'exprime ainsi dans son texte fort utile dans *Canadian Criminal Law*, *op. cit.*, aux pp. 123 et 124 et à la p. 125:

[TRADUCTION] Le point primordial est que *cet accusé*, compte tenu de sa personnalité, de sa situation et des circonstances, voulait, connaissait ou prévoyait réelle-

case may be. Whether he “could”, “ought” or “should” have foreseen or whether a reasonable person would have foreseen is not the relevant criterion of liability.

ment les conséquences ou les circonstances, selon le cas, ou les deux. Quant à savoir s’il «aurait pu» ou «aurait dû» les prévoir ou si une personne raisonnable les aurait prévues, ce n’est pas le critère pertinent aux fins de décider de la culpabilité.

In trying to ascertain what was going on in the accused’s mind, as the subjective approach demands, the trier of fact may draw reasonable inferences from the accused’s actions or words at the time of his act or in the witness box. The accused may or may not be believed. To conclude that, considering all the evidence, the Crown has proved beyond a reasonable doubt that the accused “must” have thought in the penalized way is no departure from the subjective substantive standard. Resort to an objective substantive standard would only occur if the reasoning became that the accused “must have realized it if he had thought about it”. [Emphasis in original.]

Il est loisible au juge des faits qui cherche à déterminer ce qui se passait dans l’esprit de l’accusé, ainsi que le commande la méthode subjective, de tirer des conclusions raisonnables des gestes ou des paroles de l’accusé soit au moment de l’acte qui lui est reproché soit à la barre des témoins. On peut croire l’accusé ou ne pas le croire. Conclure, sur la foi de la totalité de la preuve, que le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l’accusé a «dû» avoir l’état d’esprit entraînant la sanction ce n’est pas s’écarter de la norme fondamentale subjective. Le recours à une norme fondamentale objective n’a lieu que si on se dit que l’accusé «aurait dû s’en rendre compte s’il y avait réfléchi». [En italique dans l’original.]

On the other hand, the test for negligence is an objective one requiring a marked departure from the standard of care of a reasonable person. There is no need to establish the intention of the particular accused. The question to be answered under the objective test concerns what the accused “should” have known. The potential harshness of the objective standard may be lessened by the consideration of certain personal factors as well as the consideration of a defence of mistake of fact. See McIntyre J. and Lamer J., as he then was, in *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, and *R. v. Waite*, [1989] 1 S.C.R. 1436. Nevertheless, there should be a clear distinction in the law between one who was aware (pure subjective intent) and one who should have taken care irrespective of awareness (pure objective intent).

Par ailleurs, pour déterminer s’il y a négligence, le critère est objectif, soit celui d’un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu’observerait une personne raisonnable. Point n’est besoin d’établir l’intention de l’accusé. La question qui se pose aux fins du critère objectif concerne ce que l’accusé «aurait dû» savoir. La sévérité éventuelle du critère objectif peut cependant être atténuée par la prise en considération de certains facteurs personnels et du moyen de défense de l’erreur de fait. Voir les motifs du juge McIntyre et du juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans les arrêts *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, et *R. c. Waite*, [1989] 1 R.C.S. 1436. Il convient néanmoins en droit de faire une distinction nette entre la personne qui était consciente de son acte (intention subjective pure) et une personne qui aurait dû se montrer prudente indépendamment de la conscience (intention objective pure).

What is the *Mens Rea* Required to Prove the Offence of Dangerous Driving?

The nature of driving offences suggests that an objective test, or more specifically a modified objective test, is particularly appropriate to apply

Quelle est la *mens rea* requise pour l’infraction de conduite dangereuse?

La nature des infractions en matière de conduite automobile donne à entendre qu’un critère objectif, ou plus précisément un critère objectif modifié,

to dangerous driving. I say that for a number of reasons.

(a) *The Licensing Requirement*

First, driving can only be undertaken by those who have a licence. The effect of the licensing requirement is to demonstrate that those who drive are mentally and physically capable of doing so. Moreover, it serves to confirm that those who drive are familiar with the standards of care which must be maintained by all drivers. There is a further aspect that must be taken into consideration in light of the licensing requirement for drivers. Licensed drivers choose to engage in the regulated activity of driving. They place themselves in a position of responsibility to other members of the public who use the roads.

As a result, it is unnecessary for a court to establish that the particular accused intended or was aware of the consequences of his or her driving. The minimum standard of physical and mental well-being coupled with the basic knowledge of the standard of care required of licensed drivers obviate that requirement. As a general rule, a consideration of the personal factors, so essential in determining subjective intent, is simply not necessary in light of the fixed standards that must be met by licensed drivers.

(b) *The Automatic and Reflexive Nature of Driving*

Second, the nature of driving itself is often so routine, so automatic that it is almost impossible to determine a particular state of mind of a driver at any given moment. Driving motor vehicles is something that is familiar to most adult Canadians. It cannot be denied that a great deal of driving is done with little conscious thought. It is an activity that is primarily reactive and not contemplative. It is every bit as routine and familiar as taking a shower or going to work. Often it is impossible for a driver to say what his or her specific intent was

convient particulièrement à la conduite dangereuse. Plusieurs raisons m'amènent à cette conclusion.

a) *L'exigence d'un permis*

Premièrement, seuls les titulaires d'un permis sont autorisés à conduire. Cette exigence quant à la possession d'un permis a pour effet de démontrer que ceux qui conduisent en sont mentalement et physiquement capables. Elle sert en outre à confirmer que les personnes qui conduisent connaissent les normes de diligence auxquelles sont soumis tous les conducteurs. De plus, vu l'exigence d'un permis de conduire, il faut tenir compte de ce que les titulaires de permis choisissent de se livrer à l'activité réglementée qu'est la conduite d'un véhicule automobile. Ils assument ainsi une responsabilité envers tous les autres membres du public qui circulent sur les chemins.

Dès lors, un tribunal n'est pas tenu d'établir que l'accusé a voulu les conséquences de sa façon de conduire ou qu'il en était conscient. Cela est rendu superflu par la norme minimale quant à la santé physique et mentale ainsi que par la connaissance de base de la norme de diligence que doivent avoir les titulaires de permis de conduire. En règle générale, la prise en considération des facteurs personnels, essentielle pour la détermination de l'intention subjective, n'est tout simplement pas nécessaire compte tenu des normes fixes auxquelles doivent satisfaire les titulaires de permis de conduire.

b) *La nature automatique et réactive de la conduite d'un véhicule automobile*

Deuxièmement, de par sa nature même, la conduite d'un véhicule automobile présente souvent un aspect habituel et automatique, à tel point en fait qu'il est presque impossible de déterminer quel pouvait être l'état d'esprit d'un conducteur à un moment donné. La plupart des adultes canadiens savent conduire. Certes, nul ne contesterait que dans une très grande mesure on conduit sans beaucoup y penser. Il s'agit d'une activité de caractère essentiellement réactif où ne joue pas la réflexion. Elle est tout aussi habituelle et familière que peut

at any moment during a drive other than the desire to go from A to B.

It would be a denial of common sense for a driver, whose conduct was objectively dangerous, to be acquitted on the ground that he was not thinking of his manner of driving at the time of the accident.

(c) *The Wording of Section 233 (now Section 249)*

Third, the wording of the section itself which refers to the operation of a motor vehicle "in a manner that is dangerous to the public, having regard to all the circumstances" suggests that an objective standard is required. The "manner of driving" can only be compared to a standard of reasonable conduct. That standard can be readily judged and assessed by all who would be members of juries.

Thus, it is clear that the basis of liability for dangerous driving is negligence. The question to be asked is not what the accused subjectively intended but rather whether, viewed objectively, the accused exercised the appropriate standard of care. It is not overly difficult to determine when a driver has fallen markedly below the acceptable standard of care. There can be no doubt that the concept of negligence is well understood and readily recognized by most Canadians. Negligent driving can be thought of as a continuum that progresses, or regresses, from momentary lack of attention giving rise to civil responsibility through careless driving under a provincial Highway Traffic Act to dangerous driving under the *Criminal Code*.

(d) *Statistics*

Fourth, the statistics which demonstrate that all too many tragic deaths and disabling injuries flow from the operation of motor vehicles indicate the

l'être le fait de prendre une douche ou de se rendre au travail. Dans bien des cas, le conducteur se trouve dans l'impossibilité de dire ce qu'a été son intention précise à un moment particulier au cours d'un voyage, si ce n'est le désir d'arriver à destination.

Il serait contraire au bon sens d'acquitter, au motif qu'il ne pensait pas lors de l'accident à sa façon de conduire, un conducteur qui a agi d'une manière objectivement dangereuse.

c) *Le libellé de l'article 233 (maintenant l'article 249)*

Troisièmement, le libellé même de l'article, qui parle de la conduite d'un véhicule à moteur «d'une façon dangereuse pour le public, compte tenu de toutes les circonstances», porte à croire à une norme objective. On ne peut comparer la «façon de conduire» qu'à une norme de comportement raisonnable. Cette norme se prête aisément à un jugement et à une appréciation par quiconque est appelé à devenir juré.

D'où il ressort clairement que c'est sur la négligence que repose un verdict de culpabilité de conduite dangereuse. La question à se poser n'est pas de savoir ce qu'a été l'intention subjective de l'accusé mais bien de savoir si, du point de vue objectif, il a satisfait à la norme appropriée de diligence. Il n'y a rien de particulièrement difficile à déterminer si un conducteur a manqué de façon palpable à la norme acceptable de diligence. Sans aucun doute, la plupart des Canadiens comprennent bien et reconnaissent facilement le concept de négligence. Or, la conduite négligente d'un véhicule automobile peut être considérée comme un continuum où l'on va de l'inattention momentanée qui entraîne la responsabilité civile, en passant par la conduite imprudente prévue au code de la route d'une province, jusqu'à la conduite dangereuse sanctionnée par le *Code criminel*.

d) *Les statistiques*

Quatrièmement, les statistiques, qui démontrent que bien trop de décès tragiques et de blessures invalidantes résultent de la conduite de véhicules

need to control the conduct of drivers. The need is obvious and urgent. Section 233 (now s. 249) seeks to curb conduct which is exceedingly dangerous to the public. The statistics on car accidents in Canada indicate with chilling clarity the extent of the problem. The number of people killed and injured each year in traffic accidents is staggering. Data from Transport Canada shows that, in 1991, the number of deaths related to traffic accidents in Canada was 3,654. In 1990, there were 178,423 personal injury traffic accidents, 630,000 property damage accidents and 3,442 fatal accidents. These figures highlight the tragic social cost which can and does arise from the operation of motor vehicles. There is therefore a compelling need for effective legislation which strives to regulate the manner of driving vehicles and thereby lessen the carnage on our highways. It is not only appropriate but essential in the control of dangerous driving that an objective standard be applied.

In my view, to insist on a subjective mental element in connection with driving offences would be to deny reality. It cannot be forgotten that the operation of a motor vehicle is, as I have said so very often, automatic and with little conscious thought. It is simply inappropriate to apply a subjective test in determining whether an accused is guilty of dangerous driving.

(e) *Modified Objective Test*

Although an objective test must be applied to the offence of dangerous driving it will remain open to the accused to raise a reasonable doubt that a reasonable person would have been aware of the risks in the accused's conduct. The test must be applied with some measure of flexibility. That is to say the objective test should not be applied in a vacuum but rather in the context of the events surrounding the incident.

automobiles, témoignent de la nécessité de contrôler le comportement des conducteurs. Il s'agit d'une nécessité manifeste et urgente. L'article 233 (maintenant l'art. 249) vise à enrayer un comportement extrêmement dangereux pour le public. Les statistiques sur les accidents de la route au Canada soulignent avec une clarté alarmante l'étendue du problème. Le nombre de personnes tuées ou blessées chaque année dans ces accidents est atterrant. D'après les données de Transports Canada, le nombre de décès découlant d'accidents de la circulation en 1991 s'élevait à 3 654. En 1990, 178 423 personnes ont été blessées, il y a eu 630 000 accidents causant des dommages matériels et 3 442 causant la mort. Ces chiffres font ressortir les coûts énormes que peut entraîner, et qu'entraîne en fait, la conduite automobile. Il y a donc un besoin impérieux de législation efficace visant à réglementer la conduite automobile et, partant, à réduire le carnage sur nos routes. Non seulement l'application d'une norme objective est appropriée pour empêcher la conduite dangereuse, mais elle est essentielle.

À mon avis, exiger la présence d'un élément moral subjectif pour les infractions en matière de conduite automobile serait nier la réalité. N'oublions pas, je l'ai très souvent dit d'ailleurs, que la conduite d'un véhicule automobile a un caractère automatique et ne comporte que peu de réflexion consciente. Il ne convient simplement pas d'appliquer un critère subjectif pour déterminer si un accusé s'est rendu coupable de conduite dangereuse.

e) *Le critère objectif modifié*

Quoiqu'il faille appliquer un critère objectif à l'infraction de conduite dangereuse, il sera tout de même loisible à l'accusé de faire naître un doute raisonnable quant à savoir si une personne raisonnable aurait été consciente des risques inhérents à son comportement. Une certaine souplesse s'impose dans l'application du critère. En d'autres termes, le critère objectif est à appliquer non pas dans l'abstrait mais dans le contexte des événements entourant l'incident en question.

There will be occasions when the manner of driving viewed objectively will clearly be dangerous yet the accused should not be convicted. Take for example a driver who, without prior warning, suffers a totally unexpected heart attack, epileptic seizure or detached retina. As a result of the sudden onset of a disease or physical disability the manner of driving would be dangerous yet those circumstances could provide a complete defence despite the objective demonstration of dangerous driving. Similarly, a driver who, in the absence of any warning or knowledge of its possible effects, takes a prescribed medication which suddenly and unexpectedly affects the driver in such a way that the manner of driving was dangerous to the public, could still establish a good defence to the charge although it had been objectively established. These examples, and there may well be others, serve to illustrate the aim and purpose of the modified objective test. It is to enable a court to take into account the sudden and unexpected onset of disease and similar human frailties as well as the objective demonstration of dangerous driving.

A modified objective test was aptly described by McIntyre J. in *R. v. Tutton, supra*, at p. 1413. Although he was dealing with criminal negligence, his words, at p. 1432, are apt in considering the dangerous driving section which is essentially concerned with negligent driving that constitutes a marked departure from the norm:

The application of an objective test under s. 202 of the *Code*, however, may not be made in a vacuum. Events occur within the framework of other events and actions and when deciding on the nature of the questioned conduct surrounding circumstances must be considered. The decision must be made on a consideration of the facts existing at the time and in relation to the accused's perception of those facts. Since the test is objective, the accused's perception of the facts is not to be considered for the purpose of assessing malice or intention on the accused's part but only to form a basis for a conclusion as to whether or not the accused's conduct, in view of his perception of those facts, was reasonable. . . . If an accused under s. 202 has an honest and reasonably held belief in the existence of certain facts, it may be a relevant consideration in assessing the reasonableness of his conduct. For example, a welder,

Il y aura certes des cas où, considérée objectivement, la façon de conduire sera visiblement dangereuse, mais où l'accusé ne devrait pourtant pas être reconnu coupable. Prenons par exemple, le conducteur qui, tout à fait soudainement, souffre d'une crise cardiaque, d'une attaque d'épilepsie ou d'un détachement de la rétine. À la suite de cette maladie ou de cette incapacité physique soudaine, il conduira de façon dangereuse, mais ces circonstances pourraient constituer un moyen de défense complet malgré la démonstration objective de la conduite dangereuse. De même, un conducteur qui, sans en connaître les effets possibles et sans en avoir été averti, prend des médicaments qui lui ont été prescrits et qui, soudainement, l'affectent de manière à rendre dangereuse sa façon de conduire, pourrait également faire valoir avec succès un moyen de défense, bien que l'infraction ait été objectivement établie. Ces exemples, et d'autres vraisemblablement, servent à illustrer le but et l'objet du critère objectif modifié, qui est de permettre au tribunal de tenir compte, outre la démonstration objective de la conduite dangereuse, de la maladie soudaine et imprévue et d'autres défaillances humaines semblables.

Le juge McIntyre décrit avec justesse un critère objectif modifié dans l'arrêt *R. c. Tutton*, précité, à la p. 1413. Bien qu'il ait été question dans cette affaire de négligence criminelle, les propos du juge McIntyre (à la p. 1432) sont pertinents relativement à l'article portant sur la conduite dangereuse, lequel concerne essentiellement la conduite négligente qui s'écarte sensiblement de la norme:

L'application d'un critère objectif aux termes de l'art. 202 du *Code* ne peut cependant se faire dans le vide. Des événements se produisent dans le cadre d'autres événements et actions, et quand il s'agit de déterminer la nature de la conduite reprochée, les circonstances propres à l'espèce doivent être prises en considération. La décision doit se prendre après examen des faits existant à l'époque et par rapport à la perception de l'accusé des faits en question. Puisque le critère est objectif, la perception des faits par l'accusé ne doit pas être considérée dans le but d'apprécier s'il y a malveillance ou intention de la part de l'accusé, mais seulement pour constituer la base d'une conclusion quant au caractère raisonnable de la conduite de l'accusé, étant donné sa perception des faits. [. . .] Si un accusé aux termes de l'art. 202 a une croyance sincère et raisonnablement entretenue en l'existence de certains faits, cela peut être

who is engaged to work in a confined space believing on the assurance of the owner of the premises that no combustible or explosive material is stored nearby, should be entitled to have his perception, as to the presence or absence of dangerous materials, before the jury on a charge of manslaughter when his welding torch causes an explosion and a consequent death.

In summary, the *mens rea* for the offence of dangerous driving should be assessed objectively but in the context of all the events surrounding the incident. That approach will satisfy the dictates both of common sense and fairness. As a general rule, personal factors need not be taken into account. This flows from the licensing requirement for driving which assures that all who drive have a reasonable standard of physical health and capability, mental health and a knowledge of the reasonable standard required of all licensed drivers.

In light of the licensing requirement and the nature of driving offences, a modified objective test satisfies the constitutional minimum fault requirement for s. 233 (now s. 249) of the *Criminal Code* and is eminently well-suited to that offence.

It follows then that a trier of fact may convict if satisfied beyond a reasonable doubt that, viewed objectively, the accused was, in the words of the section, driving in a manner that was "dangerous to the public, having regard to all the circumstances, including the nature, condition and use of such place and the amount of traffic that at the time is or might reasonably be expected to be on such place". In making the assessment, the trier of fact should be satisfied that the conduct amounted to a marked departure from the standard of care that a reasonable person would observe in the accused's situation.

une considération pertinente quant à l'appréciation du caractère raisonnable de sa conduite. Prenons par exemple un soudeur engagé pour travailler dans un espace restreint, et qui se fie à la parole du propriétaire des lieux qu'aucune matière combustible ou explosive ne se trouve à proximité; lorsque son chalumeau provoque une explosion qui entraîne la mort d'une personne et qu'il est accusé d'homicide involontaire coupable, il devrait pouvoir faire part au jury de sa perception quant à la présence ou l'absence de matières dangereuses là où il travaillait.

En résumé, la *mens rea* dans le cas de l'infraction de conduite dangereuse devrait être appréciée objectivement mais dans le contexte de tous les événements entourant l'incident. Cette méthode répondra aux exigences tant du bon sens que de l'équité. Les facteurs personnels n'ont pas en règle générale à être pris en considération. C'est ce qui découle de l'obligation de se procurer un permis de conduire, obligation grâce à laquelle on peut être certain que tous les conducteurs ont un niveau raisonnable de santé et de capacités physiques et de santé mentale et qu'ils connaissent la norme raisonnable à laquelle sont assujettis tous les titulaires de permis de conduire.

Vu l'obligation de posséder un permis de conduire et compte tenu de la nature des infractions en matière de conduite automobile, un critère objectif modifié satisfait, pour ce qui est de l'art. 233 (maintenant l'art. 249) du *Code criminel*, à l'exigence constitutionnelle minimale en matière de faute et s'applique particulièrement bien à l'infraction prévue par cet article.

Il s'ensuit donc que le juge des faits peut conclure à la culpabilité s'il est convaincu hors de tout doute raisonnable que, du point de vue objectif, l'accusé, pour reprendre les termes de l'article en cause, conduisait «d'une façon dangereuse pour le public, compte tenu de toutes les circonstances y compris la nature et l'état de cet endroit, l'utilisation qui en est faite ainsi que l'intensité de la circulation à ce moment ou raisonnablement prévisible à cet endroit». En faisant l'appréciation, le juge des faits doit être convaincu qu'il s'agit d'un comportement qui représentait un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la situation de l'accusé.

Next, if an explanation is offered by the accused, such as a sudden and unexpected onset of illness, then in order to convict, the trier of fact must be satisfied that a reasonable person in similar circumstances ought to have been aware of the risk and of the danger involved in the conduct manifested by the accused. If a jury is determining the facts, they may be instructed with regard to dangerous driving along the lines set out above. There is no necessity for a long or complex charge. Neither the section nor the offence requires it. Certainly the instructions should not be unnecessarily confused by any references to advertent or inadvertent negligence. The offence can be readily assessed by jurors who can arrive at a conclusion based on common sense and their own everyday experiences.

Application of These Principles to the Facts

Let us now consider whether the modified objective test was properly applied in this case. The trial judge carefully examined the circumstances of the accident. He took into account the busy downtown traffic, the weather conditions, and the mechanical conditions of the accused vehicle. He concluded, in my view very properly, that the appellant's manner of driving represented a gross departure from the standard of a reasonably prudent driver. No explanation was offered by the accused that could excuse his conduct. There is no reason for interfering with the trial judge's finding of fact and application of the law.

In the result the appeal must be dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Giusti, Chamberlain & Ellan, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Ensuite, si l'accusé offre une explication, par exemple, une maladie soudaine et imprévue, il faut alors pour qu'il y ait déclaration de culpabilité que le juge des faits soit convaincu qu'une personne raisonnable dans des circonstances analogues aurait dû être consciente du risque et du danger inhérents au comportement de l'accusé. Dans un cas où le jury procède à la détermination des faits, le juge peut lui donner relativement à la conduite dangereuse des directives du genre énoncé plus haut. Il n'est nullement besoin de directives longues ou compliquées. Ni l'article en cause ni l'infraction ne le commandent. Les directives ne doivent certainement pas être inutilement embrouillées par des mentions de négligence consciente ou de négligence inconsciente. Il s'agit d'une infraction qui se prête facilement à l'appréciation des jurés, lesquels peuvent arriver à une conclusion fondée sur le bon sens et sur leur propre expérience de tous les jours.

L'application de ces principes aux faits

Examinons maintenant si le critère objectif modifié a été correctement appliqué en l'espèce. Le juge du procès a soigneusement étudié les circonstances de l'accident. Il a tenu compte de la densité de la circulation au centre-ville, des conditions atmosphériques et de l'état mécanique du véhicule de l'accusé. Il a conclu, à très bon droit selon moi, que la façon de conduire de l'appelant représentait un écart flagrant par rapport à la norme d'un conducteur raisonnablement prudent. L'accusé n'a donné aucune explication pouvant excuser son comportement. Il n'y a donc aucune raison de toucher à la conclusion de fait tirée par le juge du procès ni à la façon dont il a appliqué le droit.

Le pourvoi doit en conséquence être rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Giusti, Chamberlain & Ellan, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministre du Procureur général, Vancouver.

**United Mine Workers of America
International Union and United Mine
Workers of America, Local 7292** *Applicants*

v.

**Larry Bell, Robert Chase and Peter
Dolezal** *Respondents*

and

Greenhills Workers' Association *Respondent*

and

**Three Hundred Non-Union
Employees** *Respondents*

and between

**Larry Bell, Robert Chase and Peter
Dolezal** *Applicants*

v.

**United Mine Workers of America
International Union and United Mine
Workers of America, Local
7292** *Respondents*

and

Greenhills Workers' Association *Respondent*

and

**Three Hundred Non-Union
Employees** *Respondents*

INDEXED AS: WESTAR MINING LTD. (RE)

File No.: 23395.

1993: March 1; 1993: March 18.

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

**United Mine Workers of America
International Union et United Mine Workers
of America, Local 7292** *Requérants*

^a
c.

**Larry Bell, Robert Chase et Peter
Dolezal** *Intimés*

^b
et

Greenhills Workers' Association *Intimée*

^c
et

Trois cents employés non syndiqués *Intimés*

^d
et entre

^e
**Larry Bell, Robert Chase et Peter
Dolezal** *Requérants*

c.

^f
**United Mine Workers of America
International Union et United Mine Workers
of America, Local 7292** *Intimés*

^g
et

Greenhills Workers' Association *Intimée*

^h
et

Trois cents employés non syndiqués *Intimés*

ⁱ
RÉPERTORIÉ: WESTAR MINING LTD. (RE)

N° du greffe: 23395.

1993: 1^{er} mars; 1993: 18 mars.

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

APPLICATIONS FOR LEAVE TO APPEAL AND
MOTION TO QUASH THE APPLICATIONS FOR LEAVE
TO APPEAL

Appeal — Leave to appeal — Supreme Court of Canada — Court of Appeal refusing leave to appeal on matters arising under Companies' Creditors Arrangement Act — Whether leave to appeal to Supreme Court of Canada may be granted — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C., 1985, c. C-36, s. 15.

Cases Cited

Applied: *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460.

Statutes and Regulations Cited

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C., 1985, c. C-36, s. 15.

MOTION to quash applications for leave to appeal to the Supreme Court of Canada from a refusal of the British Columbia Court of Appeal (1993), 38 A.C.W.S. (3d) 7 to grant leave to appeal from an order of the British Columbia Supreme Court (1992), 35 A.C.W.S. (3d) 148. Motion dismissed and applications for leave to appeal granted.

Jack M. Giles, Q.C., for Bell et al.

Gwen K. Randall, Q.C., for United Mine Workers of America International Union et al.

Frank G. Potts, for Greenhills Workers' Association.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—The respondent Greenhills Workers' Association moved to quash the applications for leave to appeal brought by the applicants on the ground that this Court had no jurisdiction to grant leave to appeal from the refusal of a provincial appellate court to grant leave to appeal to that court on a matter arising under the *Companies'*

DEMANDES D'AUTORISATION DE POURVOI ET
REQUÊTE EN ANNULATION DES DEMANDES
D'AUTORISATION DE POURVOI

Appel — Autorisation de pourvoi — Cour suprême du Canada — Refus d'autorisation d'appel par la Cour d'appel sur des questions découlant de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies — L'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada peut-elle être accordée? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. (1985), ch. C-36, art. 15.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460.

Lois et règlements cités

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. (1985), ch. C-36, art. 15.

REQUÊTE en vue de faire annuler les demandes d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada contre un refus de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 38 A.C.W.S. (3d) 7 d'accorder une autorisation d'appel contre une ordonnance de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1992), 35 A.C.W.S. (3d) 148. Requête rejetée et demandes d'autorisation de pourvoi accordées.

Jack M. Giles, c.r., pour Bell et autres.

Gwen K. Randall, c.r., pour United Mine Workers of America International Union et autre.

Frank G. Potts, pour Greenhills Workers' Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—L'intimée la Greenhills Workers' Association a demandé l'annulation des demandes d'autorisation de pourvoi des demandeurs au motif que notre Cour n'a pas compétence pour autoriser un pourvoi contre le refus d'une cour d'appel provinciale d'autoriser un appel à cette cour sur une question découlant de la *Loi sur*

Creditors Arrangement Act, R.S.C., 1985, c. C-36 (“CCAA”). We are all of the view that this Court does have jurisdiction.

Section 15(1) CCAA provides that an appeal ^a from a provincial court of highest resort lies to this Court upon leave being granted by this Court and s. 15(2) further states that this Court has “jurisdiction to hear and to decide according to its ordinary procedure any appeal under subsection (1)”. In the ^b absence of any restrictions placed by the CCAA upon the jurisdiction of this Court to grant leave to appeal, the reasoning in *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460, applies such that ^c this Court has a discretion to grant leave to appeal from a decision of a provincial appellate court refusing leave to appeal to that court and to hear ^d the appeal on the merits.

The motion to quash the applications for leave to appeal is dismissed and the applications for leave to appeal are granted.

Judgment accordingly.

Solicitors for Bell et al.: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for United Mine Workers of America International Union et al.: McCarthy Tétrault, Calgary.

Solicitors for Greenhills Workers' Association: Lindsay Kenney, Vancouver. ^e

les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. (1985), ch. C-36 («LACC»). Nous sommes tous d’avis que notre Cour a compétence.

Le paragraphe 15(1) LACC prévoit qu’un appel ^a peut être interjeté à notre Cour sur autorisation accordée par notre Cour, d’un tribunal de dernier ressort d’une province, et le par. 15(2) dispose en ^b outre que notre Cour «a juridiction pour entendre et décider, selon sa procédure ordinaire, tout appel ainsi permis». En l’absence de restrictions imposées par la LACC à la compétence de notre Cour ^c d’accorder les autorisations de pourvoi, le raisonnement de l’arrêt *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, s’applique de façon que notre ^d Cour a le pouvoir discrétionnaire d’autoriser un pourvoi contre une décision d’une cour d’appel provinciale qui a refusé d’autoriser un appel à cette cour et d’entendre l’appel au fond.

La requête en annulation des demandes d’autorisation de pourvoi est rejetée et les demandes d’autorisation de pourvoi sont accordées.

Jugement en conséquence.

Procureurs de Bell et autres: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de United Mine Workers of America International Union et autre: McCarthy Tétrault, Calgary.

Procureurs de Greenhills Workers' Association: Lindsay Kenney, Vancouver. ^f

Eric Douglas *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Dwight Myers *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DOUGLAS; R. v. MYERS

File Nos.: 22849, 22846.

1993: March 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Remedy — Trial judge staying proceedings on narcotics charges — Issue of whether s. 7 of Charter was violated and of appropriate remedy not properly dealt with by trial judge — Quashing of stays upheld — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Statutes and Regulations Cited*Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 5 O.R. (3d) 29, allowing the Crown's appeal from a stay of proceedings ordered by Judge Hogg on March 1, 1991, on a charge against the appellant Douglas of trafficking in a narcotic. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, No. 228/91, September 20, 1991, allowing the Crown's appeal from a stay of pro-

Eric Douglas *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et entre

^b **Dwight Myers** *Appelant*

c.

^c **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. DOUGLAS; R. c. MYERS

Nos du greffe: 22849, 22846.

^d 1993: 23 mars.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Réparation — Arrêt des procédures relatives à des accusations en matière de stupéfiants ordonné par le juge du procès — Le juge du procès n'a pas bien examiné la question de savoir s'il y a eu violation de l'art. 7 de la Charte, ni celle de la réparation convenable — Annulation des arrêts de procédures confirmée — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Lois et règlements cités*Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.*

^h POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 5 O.R. (3d) 29, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre un arrêt des procédures ordonné le 1^{er} mars 1991 par le juge Hogg relativement à une accusation de trafic d'un stupéfiant portée contre l'appelant Douglas. Pourvoi rejeté.

ⁱ POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, n° 228/91, 20 septembre 1991, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public

ceedings ordered by Judge Hogg on February 6, 1991, on a charge against the appellant Myers of trafficking in a narcotic. Appeal dismissed.

Russell Silverstein, for the appellant Douglas.

Bruce Duncan, for the appellant Myers.

Ivan S. Bloom, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—The issue as to whether there was a s. 7 violation and as regards the appropriate remedy was not properly dealt with by the trial judge. The appeals are dismissed and a new trial is ordered. The accused may, if so advised, renew their applications for a stay.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant Douglas: Pinkofsky, Lockyer, Kwinter, Toronto.

Solicitors for the appellant Myers: Duncan, Fava & Schermbrucker, Toronto.

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

contre un arrêt des procédures ordonné le 6 février 1991 par le juge Hogg relativement à une accusation de trafic d'un stupéfiant portée contre l'appellant Myers. Pourvoi rejeté.

Russell Silverstein, pour l'appellant Douglas.

Bruce Duncan, pour l'appellant Myers.

Ivan S. Bloom, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Le juge du procès n'a pas bien examiné la question de savoir s'il y a eu violation de l'art. 7, ni celle de la réparation convenable. Les pourvois sont rejetés et un nouveau procès est ordonné. Les accusés peuvent, si on leur conseille de le faire, renouveler leurs demandes d'arrêt des procédures.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant Douglas: Pinkofsky, Lockyer, Kwinter, Toronto.

Procureurs de l'appellant Myers: Duncan, Fava & Schermbrucker, Toronto.

Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.

Sie-Mac Pipeline Contractors Ltd. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: SIE-MAC PIPELINE CONTRACTORS LTD. v. M.N.R.

File No.: 22775.

1993: March 24.

Present: La Forest, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Deductions — Use of recreational facilities — Taxpayer incurring travel and entertainment expenses in hosting customers and employees at fishing lodge — Whether expenses deductible — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 18(1)(i).

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 18(1)(i).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1992] 1 C.T.C. 341, 92 D.T.C. 6461, setting aside a judgment of the Trial Division, [1990] 2 C.T.C. 8, 90 D.T.C. 6344, affirming a decision of the Tax Court of Canada, [1989] 1 C.T.C. 2334, 89 D.T.C. 230. Appeal dismissed.

Donald N. Cherniawsky and H. George McKenzie, for the appellant.

M. David Gates and William L. Softley, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J.—We are all of the view that this appeal should be dismissed for the reasons given by Mr. Justice Linden of the Federal Court of Appeal. The expenses in question are clearly pre-

Sie-Mac Pipeline Contractors Ltd. *Appelante*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: SIE-MAC PIPELINE CONTRACTORS LTD. c. M.N.R.

^b N° du greffe: 22775.

1993: 24 mars.

^c Présents: Les juges La Forest, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Déductions — Dépenses relatives aux loisirs — Contribuable ayant engagé des frais de déplacement et de représentation pour accueillir des clients et des employés à un chalet de pêche — Ces frais sont-ils déductibles? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 18(1)(i).

^e **Lois et règlements cités**

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 18(1)(i).

^f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1992] 1 C.T.C. 341, 92 D.T.C. 6461, qui a infirmé un jugement de la Section de première instance, [1990] 2 C.T.C. 8, 90 D.T.C. 6344, qui avait confirmé une décision de la Cour canadienne de l'impôt, [1989] 1 C.T.C. 2334, 89 D.T.C. 230. ^g Pourvoi rejeté.

^h *Donald N. Cherniawsky et H. George McKenzie*, pour l'appelante.

M. David Gates et William L. Softley, pour l'intimée.

ⁱ Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI—Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu de rejeter ce pourvoi pour les motifs donnés par le juge Linden de la Cour d'appel fédérale. Les dépenses en question sont nettement

cluded by the provisions of s. 18(1)(l)(i) of the *Income Tax Act*.

Accordingly, the appeal is dismissed.

Under the circumstances, the appellant should have its costs in the courts below; there will be no order as to costs in this Court.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Felesky Flynn, Edmonton.

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

exclues par les dispositions de l'al. 18(1)l(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

En conséquence, le pourvoi est rejeté.

^a Dans les circonstances, l'appelante a droit à ses dépens dans les juridictions inférieures; aucune ordonnance ne sera rendue quant aux dépens en notre Cour.

^b *Jugement en conséquence.*

Procureurs de l'appelante: Felesky Flynn, Edmonton.

^c *Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.*

Workers' Compensation Board and others *Appellants*

v.

Amchem Products Incorporated and others *Respondents*

and

Workers' Compensation Board and others *Appellants*

v.

T & N plc *Respondent*

and

Workers' Compensation Board and others *Appellants*

v.

The Flintkote Company *Respondent*

INDEXED AS: AMCHEM PRODUCTS INC. v. BRITISH COLUMBIA (WORKERS' COMPENSATION BOARD)

File No.: 22256.

1992: May 25; 1993: March 25.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Courts — Appropriate forum — Action commenced in U.S. courts — Plaintiffs largely resident in Canada — Most of corporate defendants with some connection with state where action brought — Anti-suit injunction sought in Canadian courts to prevent action in U.S. courts — Principles governing the determination of appropriate forum and governing comity between courts — Whether or not an injunction appropriate.

Workers' Compensation Board et autres *Appelants*

a c.

Amchem Products Incorporated et autres *Intimées*

b et

Workers' Compensation Board et autres *Appelants*

c c.

T & N plc *Intimée*

d et

Workers' Compensation Board et autres *Appelants*

e c.

The Flintkote Company *Intimée*

f

RÉPERTORIÉ: AMCHEM PRODUCTS INC. c. COLOMBIE-BRITANNIQUE (WORKERS' COMPENSATION BOARD)

N° du greffe: 22256.

g 1992: 25 mai; 1993: 25 mars.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

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

Tribunaux — Tribunal approprié — Action intentée devant des tribunaux américains — Demandeurs résidant pour la plupart au Canada — Liens de la plupart des sociétés défenderesses avec l'État où a été intentée l'action — Injonction interdisant des poursuites demandée à des tribunaux canadiens afin d'empêcher une action devant les tribunaux américains — Principes régissant la détermination du tribunal approprié et la courtoisie entre tribunaux — Une injonction est-elle appropriée?

Prerogative writs — Injunctions — Appropriate forum for bringing action — Action commenced in U.S. courts — Plaintiffs largely resident in Canada — Most of corporate defendants with some connection with state where action brought — Anti-suit injunction sought in Canadian courts to prevent action in U.S. courts — Whether or not an injunction appropriate.

Conflict of laws — Courts — Action commenced in U.S. courts — Plaintiffs largely resident in Canada — Most of corporate defendants with some connection with state where action brought — Anti-suit injunction sought in Canadian courts to prevent action in U.S. courts — Principles governing the determination of appropriate forum and governing comity between courts — Whether or not an injunction appropriate.

The individual appellants consist of 194 persons who have suffered injury claimed to be caused by exposure to asbestos or who are dependents of deceased persons affected by asbestos. The action seeking damages from the respondent asbestos companies was brought in Texas in 1988. In all but forty of these claims, the Workers' Compensation Board of British Columbia ("the Board") has a subrogated interest by virtue of having paid compensation in the form of disability or death benefits to workers whose health was adversely affected by exposure to asbestos, and hence is *dominus litis*. Any damages recovered beyond the Board's interest is to be paid to the claimants. Most of the claimants were residents of British Columbia when the injuries were sustained.

None of the respondents has any connection with British Columbia. Most were incorporated and have their principal place of business and manufacture in the United States, although there is no concentration of them in any single state. Although none was incorporated in Texas, most carry on business there in the form of asbestos manufacturing plants and some maintained their principal asbestos manufacturing facilities or corporate headquarters there at various times. The appellants allege that the respondent asbestos companies—with the possible exception of T & N and Carey Canada Inc.—engaged in tortious conduct in the United States: making decisions pertaining to the manufacture of various asbestos-containing products, failing to warn adequately as to the dangers of asbestos prod-

Brefs de prérogative — Injonctions — Tribunal approprié devant lequel intenter l'action — Action intentée devant des tribunaux américains — Demandeurs résidant pour la plupart au Canada — Liens de la plupart des sociétés défenderesses avec l'État où a été intentée l'action — Injonction interdisant des poursuites demandée à des tribunaux canadiens afin d'empêcher une action devant les tribunaux américains — Une injonction est-elle appropriée?

Droit international privé — Tribunaux — Action intentée devant des tribunaux américains — Demandeurs résidant pour la plupart au Canada — Liens de la plupart des sociétés défenderesses avec l'État où a été intentée l'action — Injonction interdisant des poursuites demandée à des tribunaux canadiens afin d'empêcher une action devant les tribunaux américains — Principes régissant la détermination du tribunal approprié et la courtoisie entre tribunaux — Une injonction est-elle appropriée?

Les appelants sont composés de 194 personnes qui ont subi un préjudice corporel à la suite, selon elles, de l'exposition à l'amianté ou qui sont des personnes à charge de personnes décédées ayant souffert d'amiante. L'action en dommages-intérêts contre les sociétés d'amianté intimées a été engagée au Texas en 1988. La Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique (la «Commission») est subrogée dans les droits de tous ces appelants, sauf quarante, parce qu'elle a versé une indemnité sous forme de prestations d'invalidité ou de décès à l'égard des travailleurs atteints d'amiante, et elle est donc *dominus litis*. Les dommages-intérêts obtenus au delà des intérêts de la Commission devront être versés aux demandeurs. La plupart des demandeurs étaient des résidents de la Colombie-Britannique au moment où le préjudice a été subi.

Aucune des intimées n'a de lien avec la Colombie-Britannique. La plupart ont été constituées sous le régime des lois des États-Unis et y ont leur principal établissement, quoiqu'elles ne soient concentrées dans aucun État. Bien qu'aucune n'ait été constituée sous l'empire des lois du Texas, la plupart y exercent leur activité, savoir la fabrication de produits d'amianté, et certaines ont eu leur principal établissement de fabrication ou leur siège social au Texas à diverses époques. Les appelants allèguent que les sociétés d'amianté intimées—sauf peut-être T & N et Carey Canada Inc.—ont commis des délits aux États-Unis en prenant des décisions concernant la fabrication de divers produits contenant de l'amianté, en omettant de faire des mises en garde suffisantes relativement aux dangers des produits

ucts, and conspiring to suppress knowledge of those dangers.

The Texas court found jurisdiction and venue. According to the respondents, this ruling was not appealed because, under Texas law, such a ruling on jurisdiction cannot be appealed until after trial of the action. After the action was commenced in Texas, most of the corporate defendants filed special appearances challenging jurisdiction and venue and seeking a stay of the action on the grounds that Texas was *forum non conveniens*. The companies' latter motion was dismissed and all appeals from this decision were dismissed.

In November, 1989, the asbestos companies successfully applied in the Supreme Court of British Columbia for anti-suit injunctions against the appellants, in order to prevent the continuation of the Texas actions. The injunctions were upheld on appeal. The Texas court in turn issued an "anti-anti-suit" injunction, with a limited period of currency, prohibiting the seeking of such injunctions in British Columbia. At issue here is on what principles should a court exercise its discretion to grant an anti-suit injunction and how these principles apply in this appeal.

Held: The appeal should be allowed.

The courts have developed two forms of remedy to control the parties' choice of forum. The first and more conventional device is a stay of proceedings. It enables the court of the forum selected by the plaintiff (the domestic forum) to stay the action at the request of the defendant if persuaded that the case should be tried elsewhere. The second is the anti-suit injunction which may be granted by the domestic court at the request of a defendant, actual or potential, in a foreign suit. With the stay, the domestic court determines for itself whether in the circumstances it should take jurisdiction whereas, with the injunction, it in effect determines the matter for the foreign court. While the restraining order operates *in personam* on the plaintiff in the foreign suit and not on the foreign court itself, it has the latter effect and therefore raises serious issues of comity. A court should entertain an application for an anti-suit injunction only where a serious injustice will occur because of the failure of a foreign court to decline jurisdiction applying the *forum non conveniens* test.

de l'amiante, et en complotant pour empêcher que ces dangers soient connus.

Le tribunal texan s'est déclaré compétent. D'après les intimées, cette décision n'a pas été portée en appel parce que, selon le droit du Texas, une telle décision sur la compétence n'est susceptible d'appel qu'après le procès. Une fois l'action engagée au Texas, la plupart des personnes morales défenderesses ont produit des comparutions spéciales pour contester la compétence et le ressort et pour solliciter la suspension de l'instance parce que le Texas était *forum non conveniens*. Cette requête des sociétés a été rejetée de même que tous les appels de cette décision.

En novembre 1989, les sociétés d'amiante ont demandé avec succès à la Cour suprême de la Colombie-Britannique des injonctions tendant à empêcher la poursuite des instances introduites par les appelants au Texas. Les injonctions ont été confirmées en appel. Le tribunal texan a par la suite délivré une «contre-injonction» de durée limitée, empêchant la demande d'injonctions de même nature en Colombie-Britannique. Il s'agit de savoir quels principes doivent fonder l'exercice du pouvoir discrétionnaire de décerner une injonction contre des poursuites et de déterminer leur application en l'espèce.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les tribunaux ont élaboré deux voies de droit destinées à contrôler le choix du tribunal fait par les parties. Le premier mécanisme, et le plus classique, est la suspension d'instance. Il permet au tribunal saisi par le demandeur (le tribunal interne) de suspendre l'action à la demande du défendeur s'il est convaincu qu'il serait préférable que l'action soit jugée ailleurs. Le second est l'injonction contre les poursuites, qui peut être décernée par le tribunal interne à la demande d'un défendeur, actuel ou éventuel, dans une instance à l'étranger. Dans la suspension, le tribunal interne décide pour lui-même s'il doit, dans les circonstances, se déclarer compétent, tandis que, dans le cas de l'injonction, il tranche en fait la question au nom du tribunal étranger. L'ordonnance portant interdiction agit *in personam* sur le demandeur dans l'instance à l'étranger et non sur le tribunal étranger lui-même, mais il a un effet sur ce dernier et soulève donc des questions sérieuses au chapitre de la courtoisie. Un tribunal ne doit admettre une demande d'injonction contre les poursuites que lorsqu'une grave injustice résultera de l'omission par un tribunal étranger de se récuser en application du critère du *forum non conveniens*.

The test for *forum non conveniens* is there must be some other forum more convenient and appropriate for the pursuit of the action and for securing the ends of justice. There is no reason why the loss of juridical advantage in principle should be treated as a separate and distinct condition rather than being weighed with the other factors which are considered in identifying the appropriate forum.

The domestic court should not entertain an application for an injunction if there is no foreign proceeding pending. An injunction is generally a remedy ancillary to a cause of action. The anti-suit injunction is unique in that the applicant does not have to establish that the assumption of jurisdiction by the foreign court will amount to an actionable wrong. Moreover, although the application is heard summarily and based on affidavit evidence, the order results in a permanent injunction which ordinarily is granted only after trial. Consonant with the principles of comity, the decision of the foreign court should not be pre-empted until a proceeding has been launched in that court and the applicant for an injunction in the domestic court has sought from the foreign court a stay or other termination of the foreign proceedings and failed.

If the foreign court stays or dismisses the action, the problem is solved. If not, the domestic court must proceed to entertain the application for an injunction but only if it is alleged to be the most appropriate forum and is potentially an appropriate forum. Where an action has been commenced in the domestic forum, it can be expected that the domestic forum is being put forward as an appropriate forum by the plaintiff. In resisting a stay, the plaintiff will also contend that there is no other forum which is clearly more appropriate and that, therefore, the defendant has not complied with the test. If no action has been commenced in the domestic forum, it has no juridical basis for entertaining an application for an injunction unless it is contended by the applicant that the action should have been commenced in the domestic forum as the more appropriate place of trial and it is potentially an appropriate forum.

The first step in the analysis is to determine whether, in conformity with the *forum non conveniens* test, there is another forum that is clearly more appropriate than the domestic forum. In stay applications, the result of this test is that where no one forum is the most appropriate, the domestic forum wins out by default and refuses a stay, provided it is an appropriate forum. In this step

Le critère du *forum non conveniens* est l'existence d'un autre tribunal, plus commode et plus approprié pour la poursuite de l'action et pour la réalisation des fins de la justice. Aucune raison ne nous autorise sur le plan des principes à considérer la perte d'un avantage juridique comme une condition distincte plutôt que comme un facteur parmi ceux dont la cour tient compte pour déterminer le tribunal approprié.

Le tribunal interne ne doit pas admettre une demande d'injonction si aucune instance n'est pendante à l'étranger. En général, une injonction est une réparation qui est subordonnée à une cause d'action. L'injonction contre les poursuites est exceptionnelle car le requérant n'a pas à établir qu'en se déclarant compétent le tribunal étranger commet un délit donnant droit à une action. En outre, bien que la demande soit instruite sommairement et soit appuyée par une preuve par affidavit, l'ordonnance mène à une injonction permanente qui n'est d'ordinaire décernée qu'après le procès. Conformément aux principes de la courtoisie, il ne faut pas empêcher le tribunal étranger de rendre une décision tant qu'une action n'aura pas été engagée devant ce tribunal et que la partie qui demande l'injonction devant le tribunal interne n'aura pas demandé au tribunal étranger, sans succès, une suspension d'instance ou une autre forme de clôture.

Si le tribunal étranger suspend ou rejette l'action, le problème est réglé. Sinon, le tribunal interne doit entendre la demande d'injonction, mais seulement si l'on prétend qu'il est le tribunal le plus approprié et s'il peut être un tribunal approprié. Lorsqu'une action a été engagée devant le tribunal interne, on peut s'attendre à ce que le demandeur fasse valoir que c'est le tribunal approprié. En s'opposant à la suspension, le demandeur prétendra en outre qu'aucun autre tribunal n'est nettement plus approprié et qu'en conséquence, le défendeur n'a pas satisfait au critère. Si aucune action n'a été intentée devant le tribunal interne, celui-ci ne peut se fonder sur aucun motif juridique pour admettre une demande d'injonction, sauf si le requérant prétend que l'action aurait dû être introduite devant le tribunal interne parce que c'est l'endroit le plus approprié pour juger le litige, et qu'il pourrait être un tribunal approprié.

La première étape de l'analyse consiste à déterminer si, conformément au critère du *forum non conveniens*, un autre tribunal est nettement plus approprié que le tribunal interne. Ce critère a pour effet dans les cas de demandes de suspension, que, lorsque aucun tribunal n'est le plus approprié, le tribunal interne l'emporte ipso facto et refuse la suspension, à la condition d'être un tri-

of the analysis, the domestic court as a matter of comity must take cognizance of the fact that the foreign court has assumed jurisdiction. If, applying the principles relating to *forum non conveniens*, the foreign court could reasonably have concluded that there was no alternative forum that was clearly more appropriate, the domestic court should respect that decision and the application should be dismissed. When there is a genuine disagreement between the courts of our country and another, the courts of this country should not arrogate to themselves the decision for both jurisdictions. In most cases it will appear from the decision of the foreign court whether it acted on principles similar to those that obtain here, but, if not, then the domestic court must consider whether the result is consistent with those principles.

The domestic court, where it concludes that the foreign court assumed jurisdiction on a basis inconsistent with principles relating to *forum non conveniens* and that the foreign court's conclusion could not reasonably have been reached had it applied those principles, must go then to the second step.

Loss of juridical advantage, a factor considered in step one, must also be considered in step two to determine whether, apart from its influence on the choice of the most appropriate forum, an injustice would result if the plaintiff is allowed to proceed in the foreign jurisdiction. The loss of a personal or juridical advantage is not necessarily the only potential cause of injustice in this context but it will be, by far, the most frequent. Loss of personal advantage, however, might amount to an injustice.

The court will not generally grant an injunction if it will unjustly deprive the plaintiff of advantages in the foreign forum, having regard to the extent that the party and the facts are connected to it. A party can have no reasonable expectation of advantages available in a jurisdiction with which the party and the subject matter of the litigation has little or no connection. Any loss of advantage to the foreign plaintiff must be weighed as against the loss of advantage, if any, to the defendant in the foreign jurisdiction if the action is tried there rather than in the domestic forum.

The result of the above test will be that when a foreign court assumes jurisdiction on a basis that generally conforms to the Canadian rule of private international law for determining whether Canadian courts are the *forum conveniens*, that decision will be respected and a

bunale approprié. À cette étape de l'analyse, le tribunal interne doit, par courtoisie, prendre acte du fait que le tribunal étranger s'est déclaré compétent. Si, en appliquant les principes relatifs au *forum non conveniens*, le tribunal étranger a pu raisonnablement conclure qu'aucun autre tribunal n'était nettement plus approprié, le tribunal interne devrait respecter cette décision et rejeter la demande. En cas de désaccord véritable entre les tribunaux de notre pays et ceux d'un autre, nos tribunaux ne devraient pas s'arroger la décision qui relève des deux juridictions. Dans la plupart des cas, la décision du tribunal étranger nous permet de voir s'il a appliqué des principes semblables à ceux qui ont cours dans notre pays, mais s'il ne l'a pas fait, le tribunal interne doit alors vérifier si la solution du litige est conforme à ces principes.

S'il conclut que le tribunal étranger s'est déclaré compétent pour un motif qui est incompatible avec les principes relatifs au *forum non conveniens* et que le tribunal étranger n'aurait pas pu en arriver raisonnablement à cette conclusion s'il avait appliqué ces principes, le tribunal interne doit alors passer à la seconde étape.

La perte d'un avantage juridique, un facteur pris en considération à la première étape, doit aussi être pesée à la seconde étape lorsqu'il faudra déterminer si, mise à part son influence sur le choix du tribunal le plus approprié, une injustice résulterait de l'autorisation donnée au demandeur de poursuivre l'action devant le tribunal étranger. La perte d'un avantage personnel ou juridique n'est pas nécessairement la seule cause possible d'injustice dans ce contexte, mais elle est, de loin, la plus fréquente. La perte d'un avantage personnel pourrait cependant équivaloir à une injustice.

En général, le tribunal ne délivrera pas une injonction si elle a pour effet de priver le demandeur d'avantages dont il peut profiter devant le tribunal étranger eu égard aux facteurs de rattachement entre le litige, les parties et ce tribunal. Une partie ne peut pas raisonnablement s'attendre à profiter d'avantages offerts dans un ressort qui n'a avec elle et l'objet du litige que peu de liens, voire aucun. La perte d'avantages subie par le demandeur à l'étranger doit être mise en balance avec la perte d'avantages, s'il en est, que subirait le défendeur devant le tribunal étranger au cas où l'action serait jugée par celui-ci et non par le tribunal interne.

Ce critère a pour résultat que, si un tribunal étranger se déclare compétent pour un motif qui est généralement conforme à la règle canadienne de droit international privé visant à déterminer si les tribunaux canadiens sont le *forum conveniens*, cette décision sera respectée et le

Canadian court will not purport to make the decision for the foreign court. The policy of Canadian courts with respect to comity demands no less. If, however, a foreign court assumes jurisdiction on a basis that is inconsistent with Canadian rules of private international law and an injustice results to a litigant or “would-be” litigant in Canadian courts, then the assumption of jurisdiction is inequitable and the party invoking the foreign jurisdiction can be restrained. The foreign court, not having, itself, observed the rules of comity, cannot expect its decision to be respected on the basis of comity.

The finding of sufficient contact with Texas was supported by the evidence and hence, the jurisdiction in Texas was asserted according to the Due Process Clause of the U.S. Constitution. The application of this provision is consistent with Canada’s rules of private international law relating to *forum non conveniens*.

The Texas court, when it granted motions for anti-anti-suit injunctions in British Columbia, did not attempt to defeat the proceedings in British Columbia and the injunction did not have this effect. It was therefore wrong to visit the conduct of some of the claimants on the entire class so as to enjoin them from proceeding in Texas. In the circumstances, this action on the part of the Texas court was not a demonstration of disrespect for the British Columbia proceedings so as to disentitle the decision of the Texas court to the ordinary respect which comity affords. It had little if any relevance to the issue of injustice which is the second step of the analysis.

Cases Cited

Considered: *SNI Aérospatiale v. Lee Kui Jak*, [1987] 3 All E.R. 510; *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] A.C. 460; **referred to:** *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Dow Chemical Co. v. Alfaro*, 786 S.W.2d 674 (1990), *certiorari* denied, 59 U.S.L.W. 3460 (1991); *Castanho v. Brown & Root (U.K.) Ltd.*, [1981] A.C. 557; *Antares Shipping Corp. v. The Ship “Capricorn”*, [1977] 2 S.C.R. 422; *Bushby v. Munday* (1821), 5 Madd. 297, 56 E.R. 908; *Laker Airways v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909 (1984); *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *The Atlantic Star*, [1973] 2 All E.R. 175; *Rockware Glass Ltd. v. MacShannon*, [1978] 2 W.L.R.

tribunal canadien ne prendra pas sur lui de rendre la décision pour le tribunal étranger. C’est le minimum qu’exige la ligne de conduite des tribunaux canadiens au chapitre de la courtoisie. Toutefois, si un tribunal étranger se déclare compétent pour un motif qui est incompatible avec les règles canadiennes de droit international privé et qu’il en résulte une injustice pour une partie existante ou éventuelle devant les tribunaux canadiens, sa décision d’exercer sa compétence est alors contraire à l’équité et il y a lieu d’empêcher le demandeur de poursuivre l’instance à l’étranger. N’ayant pas lui-même observé les règles de la courtoisie, le tribunal étranger ne doit pas s’attendre à ce que sa décision soit respectée au nom de la courtoisie.

La conclusion qu’il y a un lien suffisant avec le Texas est corroborée par la preuve et, par conséquent, le tribunal texan a exercé sa compétence en conformité avec la clause relative à l’application régulière de la loi de la Constitution américaine. L’application de cette disposition est compatible avec les règles canadiennes de droit international privé relatives au *forum non conveniens*.

Quand il a accueilli les demandes de contre-injonctions en Colombie-Britannique, le tribunal texan n’a pas tenté de contrecarrer l’instance introduite en Colombie-Britannique et ce n’est pas l’effet qu’a eu l’injonction. Il était donc injuste de punir tous les demandeurs pour l’acte de certains d’entre eux en leur interdisant de poursuivre l’action au Texas. Vu ces circonstances, cette action de la part du Texas ne constitue pas un manque de respect à l’égard des procédures engagées en Colombie-Britannique justifiant que la décision du tribunal du Texas perde le bénéfice de la courtoisie qui lui reviendrait en temps normal. Elle était peu pertinente, voire non pertinente, par rapport à la question de l’injustice qui forme la seconde étape de l’analyse.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *SNI Aérospatiale c. Lee Kui Jak*, [1987] 3 All E.R. 510; *Spiliada Maritime Corp. c. Cansulex Ltd.*, [1987] A.C. 460; **arrêts mentionnés:** *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Dow Chemical Co. c. Alfaro*, 786 S.W.2d 674 (1990), *certiorari* refusé, 59 U.S.L.W. 3460 (1991); *Castanho c. Brown & Root (U.K.) Ltd.*, [1981] A.C. 557; *Antares Shipping Corp. c. Le navire «Capricorn»*, [1977] 2 R.C.S. 422; *Bushby c. Munday* (1821), 5 Madd. 297, 56 E.R. 908; *Laker Airways c. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909 (1984); *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *The Atlantic Star*, [1973] 2 All E.R. 175; *Rockware Glass Ltd. c. MacShannon*, [1978] 2 W.L.R.

362; *de Dampierre v. de Dampierre*, [1987] 2 W.L.R. 1006; *Voth v. Manildra Flour Mills Pty Ltd.* (1990), 65 A.L.J.R. 83; *Club Mediterranee NZ v. Wendell*, [1989] 1 N.Z.L.R. 216; *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981); *St. Pierre v. South American Stores (Gath & Chaves), Ltd.*, [1936] 1 K.B. 382; *Avenue Properties Ltd. v. First City Dev. Corp.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45; *British Airways Board v. Laker Airways Ltd.*, [1985] A.C. 53; *South Carolina Insurance Co. v. Assurantie Maatschappij "De Zeven Provinciën" N.V.*, [1987] A.C. 24; *Cole v. Cunningham*, 133 U.S. 107 (1890); *Unterweser Reederei, GmbH v. M/S Bremen*, 428 F.2d 888 (1970); *Gau Shan Co., Ltd. v. Bankers Trust Co.*, 956 F.2d 1349 (1992); *National Mutual Holdings Pty Ltd. v. Sentry Corp.* (1989), 87 A.L.R. 539; *Pioneer Concrete (Vic.) Pty. Ltd. v. Trade Practices Commission* (1982), 152 C.L.R. 460; *Canadian Home Assurance Co. v. Cooper* (1986), 29 D.L.R. (4th) 419; *Rowan Companies, Inc. v. DiPersio* (1990), 69 D.L.R. (4th) 224; *Allied-Signal Inc. v. Dome Petroleum Ltd.* (1988), 67 Alta. L.R. (2d) 259; *Kornberg v. Kornberg* (1990), 30 R.F.L. (3d) 238, leave to appeal refused [1991] 1 S.C.R. x; *Aikmac Holdings Ltd. v. Loewen*, [1989] 6 W.W.R. 759; *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 (1877); *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945); *Milliken v. Meyer*, 311 U.S. 457 (1940); *Helicopteros Nacionales de Colombia v. Hall*, 466 U.S. 408 (1984).

Statutes and Regulations Cited

Civil Practice and Remedies Code, s. 71.031 (*Vernon's Texas Codes Annotated*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co.).
Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 36.
U.S. Constitution, Fourteenth Amendment, s. 1.

Authors Cited

Black, Vaughan. "The Standard for Issuing Antisuit Injunctions in Canada" (1991), 44 C.P.C. (2d) 30.
 Dicey, A. V., and J. H. C. Morris, *The Conflict of Laws*, 11th ed. London: Stevens and Sons, 1987.
 Edinger, Elizabeth R. Case Comment (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 117.
 Hayes, Ellen L. "Forum Non Conveniens in England, Australia and Japan: The Allocation of Jurisdiction in Transnational Litigation" (1992), 26 *U.B.C. Law Rev.* 41.
 Raushenbush, Richard W., "Antisuit Injunctions and International Comity" (1985), 71 *Va. Law Rev.* 1039.

362; *de Dampierre c. de Dampierre*, [1987] 2 W.L.R. 1006; *Voth c. Manildra Flour Mills Pty Ltd.* (1990), 65 A.L.J.R. 83; *Club Mediterranee NZ c. Wendell*, [1989] 1 N.Z.L.R. 216; *Piper Aircraft Co. c. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981); *St. Pierre c. South American Stores (Gath & Chaves), Ltd.*, [1936] 1 K.B. 382; *Avenue Properties Ltd. c. First City Dev. Corp.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45; *British Airways Board c. Laker Airways Ltd.*, [1985] A.C. 53; *South Carolina Insurance Co. c. Assurantie Maatschappij «De Zeven Provinciën» N.V.*, [1987] A.C. 24; *Cole c. Cunningham*, 133 U.S. 107 (1890); *Unterweser Reederei, GmbH c. M/S Bremen*, 428 F.2d 888 (1970); *Gau Shan Co., Ltd. c. Bankers Trust Co.*, 956 F.2d 1349 (1992); *National Mutual Holdings Pty Ltd. c. Sentry Corp.* (1989), 87 A.L.R. 539; *Pioneer Concrete (Vic.) Pty. Ltd. c. Trade Practices Commission* (1982), 152 C.L.R. 460; *Canadian Home Assurance Co. c. Cooper* (1986), 29 D.L.R. (4th) 419; *Rowan Companies, Inc. c. DiPersio* (1990), 69 D.L.R. (4th) 224; *Allied-Signal Inc. c. Dome Petroleum Ltd.* (1988), 67 Alta. L.R. (2d) 259; *Kornberg c. Kornberg* (1990), 30 R.F.L. (3d) 238, autorisation de pourvoi refusée [1991] 1 R.C.S. x; *Aikmac Holdings Ltd. c. Loewen*, [1989] 6 W.W.R. 759; *Pennoyer c. Neff*, 95 U.S. 714 (1877); *International Shoe Co. c. Washington*, 326 U.S. 310 (1945); *Milliken c. Meyer*, 311 U.S. 457 (1940); *Helicopteros Nacionales de Colombia c. Hall*, 466 U.S. 408 (1984).

Lois et règlements cités

Civil Practice and Remedies Code, art. 71.031 (*Vernon's Texas Codes Annotated*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co.).
Constitution des États-Unis, Quatorzième amendement, art. 1.
Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, ch. 224, art. 36.

Doctrine citée

Black, Vaughan. «The Standard for Issuing Antisuit Injunctions in Canada» (1991), 44 C.P.C. (2d) 30.
 Dicey, A. V., and J. H. C. Morris, *The Conflict of Laws*, 11th ed. London: Stevens and Sons, 1987.
 Edinger, Elizabeth R. Commentaires d'arrêt (1992), 71 *R. du B. can.* 117.
 Hayes, Ellen L. «Forum Non Conveniens in England, Australia and Japan: The Allocation of Jurisdiction in Transnational Litigation» (1992), 26 *U.B.C. Law Rev.* 41.
 Raushenbush, Richard W., «Antisuit Injunctions and International Comity» (1985), 71 *Va. Law Rev.* 1039.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 218, 75 D.L.R. (4th) 1, [1991] 1 W.W.R. 243, 44 C.P.C. (2d) 1, dismissing an appeal from a judgment of Esson C.J.S.C. (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 77, 65 D.L.R. (4th) 567, [1990] 2 W.W.R. 601, 38 C.P.C. (2d) 232. Appeal allowed.

J.J. Camp, Q.C., Patrick G. Foy and J. Fiorante, for the appellants.

Bryan Williams, Q.C., and Terrance A. Kowalchuk, for the respondents Amchem Products Incorporated and others.

James A. Macaulay, Q.C., and Kenneth N. Affleck, for the respondent T & N plc.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This is an appeal from the grant of an interlocutory injunction restraining tort proceedings in a foreign court. The issue requiring determination in this case is whether the anti-suit injunction issued in British Columbia which seeks to prevent the appellants from pursuing their action against the respondents in Texas should be set aside. The resolution of this issue requires an examination of our rules of private international law relating to *forum non conveniens* and anti-suit injunctions.

As noted by A. V. Dicey and J. H. C. Morris, *The Conflict of Laws*, vol. 1 (11th ed. 1987), at p. 391:

This topic has become of increasing modern importance as a result of a variety of factors including the greater ease of communication and travel; the tendency of courts in many countries to extend their jurisdiction over events and persons outside their territory; and a greater awareness of foreign laws and procedures, which in turn may lead to “forum-shopping.”

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 218, 75 D.L.R. (4th) 1, [1991] 1 W.W.R. 243, 44 C.P.C. (2d) 1, qui a rejeté un appel d’une décision du juge en chef Esson, (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 77, 65 D.L.R. (4th) 567, [1990] 2 W.W.R. 601, 38 C.P.C. (2d) 232. Pourvoi accueilli.

J.J. Camp, c.r., Patrick G. Foy et J. Fiorante, pour les appelants.

Bryan Williams, c.r., et Terrance A. Kowalchuk, pour les intimées Amchem Products Incorporated et autres.

James A. Macaulay, c.r., et Kenneth N. Affleck, pour l’intimée T & N plc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi concerne une injonction interlocutoire empêchant un procès en responsabilité délictuelle devant un tribunal étranger. Il s’agit de décider s’il y a lieu d’annuler l’injonction décernée en Colombie-Britannique, qui vise à interdire aux appelants de poursuivre leur action contre les intimées au Texas. Pour trancher cette question, il faut examiner nos règles de droit international privé relatives au *forum non conveniens* et aux injonctions contre les poursuites.

Comme le font observer A. V. Dicey et J. H. C. Morris, *The Conflict of Laws*, vol. 1 (11^e éd. 1987), à la p. 391:

[TRADUCTION] Cette question a pris de nos jours une importance croissante en raison de divers facteurs, dont la plus grande facilité de communiquer et de se déplacer, la tendance des tribunaux de nombre de pays d’étendre leur compétence aux faits et aux personnes qui sont à l’extérieur de leur territoire et la meilleure connaissance des lois et des procédures étrangères, qui en retour peut conduire à la «recherche d’un tribunal favorable».

Facts

The individual appellants consist of 194 persons who have suffered injury which they claim is due to exposure to asbestos or who are dependents of deceased persons affected by asbestos. In July of 1988, nine of the individual appellants commenced an action in the Texas District Court, Harrison County, Texas, seeking damages from the respondent asbestos companies. Eventually, the number of individual plaintiffs swelled to 194 in number. In all but 40 of these claims, the Workers' Compensation Board of British Columbia ("the Board") has a subrogated interest, by virtue of having paid compensation in the form of disability or death benefits to workers whose health was adversely affected by exposure to asbestos, and hence is *dominus litis*. Any damages recovered beyond the Board's interest are to be paid to the claimants. The appellant, Cassiar Mining Corporation (hereinafter "Cassiar") is a British Columbia corporation which has mined asbestos in that province. It was named a defendant in the action in British Columbia by the respondent asbestos companies although no injunction was sought against it. It is alleged that in any actions in British Columbia by the appellants, the respondent asbestos companies would seek contribution and indemnity from Cassiar. Most of the claimants are or were residents of the provinces of British Columbia at the time the injuries were sustained, although some of the claimants are residents of Alberta, Manitoba, New Brunswick and the American state of Washington.

The respondents are all companies involved in the manufacture, sale or supply of asbestos and asbestos products. None of the respondents has any connection with the Province of British Columbia. Most of the asbestos companies were incorporated and have their principal place of business and manufacture in the United States, although there is no concentration of them in any single state. Although none of the respondents was incorporated in the State of Texas, most of them carry on business in that state in the form of asbestos manu-

Les faits

Les appelants sont composés de 194 personnes qui ont subi un préjudice corporel à la suite, selon elles, de l'exposition à l'amiante ou qui sont des personnes à charge de personnes décédées ayant souffert d'amiantose. En juillet 1988, neuf de ces appelants ont engagé une action devant la cour de district du Texas, comté de Harrison, afin d'obtenir des dommages-intérêts des sociétés d'amiante intimées. Le nombre de ces appelants a fini par atteindre 194. La Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique (la «Commission») est subrogée dans les droits de tous ces appelants, sauf 40, parce qu'elle a versé une indemnité sous forme de prestations d'invalidité ou de décès à l'égard des travailleurs atteints d'amiantose, et elle est donc *dominus litis*. Les dommages-intérêts obtenus au delà des intérêts de la Commission devront être versés aux demandeurs. L'appelante Cassiar Mining Corporation (ci-après appelée «Cassiar») est une société de la Colombie-Britannique qui a exploité une mine d'amiante dans cette province. Elle a été constituée défenderesse dans l'action en Colombie-Britannique par les sociétés d'amiante intimées, bien qu'aucune injonction n'ait été demandée contre elle. Ces dernières font valoir qu'au cas où les appelants engageraient des poursuites en Colombie-Britannique, elles chercheraient à obtenir une contribution et une indemnité de Cassiar. La plupart des demandeurs sont ou étaient des résidents de la Colombie-Britannique au moment où le préjudice a été subi, mais certains d'eux sont des résidents de l'Alberta, du Manitoba, du Nouveau-Brunswick et de l'État de Washington.

Les intimées sont toutes des sociétés dont l'activité consiste dans la fabrication, la vente ou la fourniture d'amiante ou de produits d'amiante. Aucune des intimées n'a de lien avec la Province de la Colombie-Britannique. La plupart ont été constituées sous le régime des lois des États-Unis et y ont leur principal établissement, quoiqu'elles ne soient concentrées dans aucun État. Bien qu'aucune des intimées n'ait été constituée sous l'empire des lois du Texas, la plupart y exercent leur activité, savoir la fabrication de produits

facturing plants. Certain of the respondents have maintained their principal asbestos manufacturing facilities (Garlock, Inc.) or corporate headquarters (National Gypsum Company and Flexitallic Gasket Company) in Texas at various times. The respondent, National Gypsum, maintains a principal place of business in Texas. One respondent, Carey Canada Inc., is a Quebec company with its principal place of business in Quebec. Carey Canada is a subsidiary of an American corporation. T & N plc (hereinafter "T & N") is a company incorporated in the United Kingdom which carried on business in Texas through a licensee who had offices in Houston and San Antonio, Texas.

The appellants allege that the respondent asbestos companies, with the possible exception of T & N and Carey Canada Inc., engaged in the following tortious conduct in the United States: making decisions pertaining to the manufacture of various asbestos-containing products; failing to provide adequate warnings and instructions for the use, application and removal of asbestos-containing products; failing to notify workers and others likely to be exposed of the dangers of asbestos exposure known to the asbestos companies; and conspiring to suppress knowledge of those dangers. This Court has recently held in a related asbestos case that the conspiracy action should not be struck out as disclosing no reasonable cause of action (*Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959).

The appellants allege that exposure to asbestos occurred in various jurisdictions, including the United States, Canada (British Columbia, Alberta, Manitoba, Quebec and New Brunswick) and Europe. The respondents, on the other hand, submit that virtually all of the alleged exposure occurred while the appellants were resident and working in British Columbia. On December 19, 1988, Baxter J. of the Texas District Court found jurisdiction and venue in Harrison County, Texas, under {SS} 71.031 of the Texas *Civil Practice and Remedies Code*, on the basis that the asbestos companies had not discharged the onus of showing that

d'amiante. Certaines des intimées ont eu leur principal établissement de fabrication (Garlock, Inc.) ou leur siège social (National Gypsum Company et Flexitallic Gasket Company) au Texas à diverses époques. L'intimée National Gypsum a son principal établissement au Texas. Une autre, Carey Canada Inc., est une société québécoise, filiale d'une société américaine, et a son principal établissement au Québec. T & N plc (ci-après appelée «T & N») est une société constituée au Royaume-Uni qui a exercé son activité au Texas par l'intermédiaire du concessionnaire d'une licence qui avait des bureaux à Houston et à San Antonio, au Texas.

Les appelants allèguent que les sociétés d'amiante intimées, sauf peut-être T & N et Carey Canada Inc., ont commis les délits suivants aux États-Unis: prise de décisions concernant la fabrication de divers produits contenant de l'amiante; omission de faire des mises en garde et de donner des instructions suffisantes pour l'utilisation, la pose et l'enlèvement de produits contenant de l'amiante; omission d'aviser les travailleurs et les autres personnes susceptibles d'y être exposées des dangers de l'exposition à l'amiante qui étaient connus des sociétés d'amiante; complot pour empêcher que ces dangers soient connus. Notre Cour a décidé récemment dans une affaire connexe en matière d'amiante que l'action fondée sur le complot ne devait pas être radiée au motif qu'elle ne révélait aucune cause raisonnable d'action (*Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959).

Selon les appelants, l'exposition à l'amiante s'est produite dans divers pays, dont les États-Unis et le Canada (Colombie-Britannique, Alberta, Manitoba, Québec et Nouveau-Brunswick), et en Europe. Les intimées, en revanche, soutiennent que presque toute l'exposition alléguée s'est produite pendant que les appelants étaient des résidents de la Colombie-Britannique et y travaillaient. Le 19 décembre 1988, le juge Baxter de la cour de district du Texas s'est déclaré compétent et a dit que l'affaire ressortissait au comté de Harrison, au Texas, en vertu de l'art. 71.031 du *Civil Practice and Remedies Code* du Texas, parce que les

they did not carry on business in Texas. According to the respondents, this ruling was not appealed because, under Texas law, such a ruling on jurisdiction cannot be appealed until after trial of the action.

After the action was commenced in Texas, most of the 33 corporate defendants filed special appearances challenging jurisdiction and venue and seeking a stay of the action on the grounds that Texas was *forum non conveniens*. Six of the defendants, however, including one of the respondents on this appeal (Owens-Corning Fiberglass Corporation), filed "general answers" which are seen in Texas law to concede *in personam* jurisdiction. The claimants (appellants in this action) opposed the *forum non conveniens* motion in Texas on the ground that *forum non conveniens* had no application because the doctrine had been statutorily abolished in Texas (see: *Dow Chemical Co. v. Alfaro*, 786 S.W.2d 674 (Tex. 1990), *certiorari* denied, 59 U.S.L.W. 3460 (1991)). On July 14, 1989, Leggat J. of the Texas District Court dismissed without reasons the companies' motion to dismiss due to *forum non conveniens*. The District Court subsequently denied a motion to reconsider this decision and the asbestos companies petitioned the Texas Supreme Court for leave to file a writ of *mandamus* with respect to the *forum non conveniens* issue. This petition was overruled, and a further motion to reconsider that decision was denied by the Texas Supreme Court. A scheduling order was made in September, 1989 setting a jury trial for December 10, 1989.

In November, 1989, the asbestos companies brought applications in the Supreme Court of British Columbia seeking anti-suit injunctions against the appellants, in order to prevent the continuation of the Texas actions. The asbestos companies also brought a claim for abuse of process. On November 10, 1989, an *ex parte* injunction was granted by Cowan J. restraining the continuation of the

sociétés d'amiante ne s'étaient pas acquittées du fardeau de prouver qu'elles n'exerçaient pas d'activité au Texas. D'après les intimées, cette décision n'a pas été portée en appel parce que, selon le droit du Texas, une telle décision sur la compétence n'est susceptible d'appel qu'après le procès.

Une fois l'action engagée au Texas, la plupart des 33 personnes morales défenderesses ont produit des comparutions spéciales pour contester la compétence et le ressort, et pour solliciter la suspension de l'instance parce que le tribunal texan était «*forum non conveniens*». Cependant, six des défenderesses, dont l'une des intimées dans le présent pourvoi (Owens-Corning Fiberglass Corporation), ont déposé des «réponses générales» qui sont censées, en droit texan, concéder la compétence *in personam*. Les demandeurs (appelants dans le présent pourvoi) se sont opposés à l'exception du *forum non conveniens* au Texas au motif que cette règle ne s'appliquait pas parce qu'elle a été abolie par voie législative au Texas (voir l'arrêt *Dow Chemical Co. c. Alfaro*, 786 S.W.2d 674 (Tex. 1990), *certiorari* refusé, 59 U.S.L.W. 3460 (1991)). Le 14 juillet 1989, le juge Leggat de la cour de district du Texas a rejeté, sans énoncer de motif, la requête en irrecevabilité des sociétés présentée sur la base du *forum non conveniens*. La cour de district a ensuite rejeté une requête tendant à faire réexaminer cette décision et les sociétés d'amiante ont présenté à la Cour suprême du Texas une demande d'autorisation de déposer un bref de *mandamus* relativement à la question du *forum non conveniens*. Cette demande a été rejetée et une autre requête tendant à faire réexaminer cette décision a été rejetée par la Cour suprême du Texas. Une ordonnance de mise au rôle a été rendue en septembre 1989 fixant la date du procès devant jury au 10 décembre 1989.

En novembre 1989, les sociétés d'amiante ont demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique des injonctions tendant à empêcher la poursuite des instances introduites par les appelants au Texas. Elles ont également intenté une action pour abus de procédure. Le 10 novembre 1989, une injonction *ex parte* a été décernée par le juge Cowan, interdisant la poursuite des procé-

Texas proceedings. On November 20, 1989, those claimants who were not residents of British Columbia, sought and obtained an injunction in Texas to prevent the respondents from obtaining similar injunctions against them in Canada. This is referred to as an "anti-anti-suit" injunction. It expired on December 8, 1989.

T & N brought separate proceedings in British Columbia because it is its position that the facts relating to it are different from the other respondents, in that T & N was sued in Texas as if it were an American company. It had been linked to a Pennsylvania company with which it had licensing and other agreements for the sale of asbestos in the United States. T & N states that a company by the name of Atlas had the exclusive right to distribute all of their products in Canada. Hence, T & N submits, the claimants could not have been exposed to its products.

The asbestos companies' applications were heard by Esson C.J.S.C. who granted the injunctions, on terms, including a requirement that the respondents attorn to the jurisdiction of the British Columbia courts should the appellants bring fresh actions in that province. The asbestos companies' claim for abuse of process was struck out. The appellants appealed to the Court of Appeal for British Columbia, which dismissed their appeals. At the hearing of the appeal, the Flintkote Company pursued a cross-appeal for abuse of process. The Court of Appeal upheld the striking of this claim and dismissed the cross-appeal.

On May 12, 1992, I granted a motion to adduce further evidence so that this Court would have before it a more complete record of the proceedings in the Texas courts, the connection of the respondents to that jurisdiction, and the proceedings that have taken place in the rest of Canada since the injunction was granted.

Le 20 novembre 1989, les demandeurs qui n'étaient pas des résidents de la Colombie-Britannique ont demandé et obtenu une injonction au Texas empêchant les intimées d'obtenir des injonctions de même nature contre eux au Canada. Cette «contre-injonction» a expiré le 8 décembre 1989.

La société T & N a intenté une action distincte en Colombie-Britannique parce que, selon elle, les faits de son cas et de celui des autres intimées sont différents car elle a été poursuivie au Texas comme si elle était une société américaine. Elle avait des liens avec une entreprise de la Pennsylvanie avec laquelle elle avait conclu des accords de licence et d'autres accords pour la vente d'amiante aux États-Unis. T & N déclare qu'une société, appelée Atlas, détenait le droit exclusif de distribuer tous ses produits au Canada. En conséquence, selon T & N, les demandeurs n'avaient pu être exposés à ses produits.

Les demandes des sociétés d'amiante ont été entendues par le juge en chef Esson, de la Cour suprême, qui a décerné les injonctions à certaines conditions, notamment que les intimées reconnaissent la compétence des tribunaux de la Colombie-Britannique au cas où les appelants intenteraient de nouvelles actions dans cette province. La demande des sociétés d'amiante relative à l'abus de procédure a été radiée. Les appelants ont formé un appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui l'a rejeté. Lors de l'audition de l'appel, la société Flintkote a formé un appel incident fondé sur l'abus de procédure. La Cour d'appel a confirmé la radiation de cette demande et rejeté le pourvoi incident.

Le 12 mai 1992, j'ai fait droit à une requête visant à faire produire d'autres éléments de preuve afin que notre Cour dispose d'un dossier plus complet des procédures devant les tribunaux texans, des facteurs qui rattachent les intimées à leur juridiction et des instances introduites dans le reste du Canada depuis que l'injonction a été décernée.

Judicial History

Supreme Court of British Columbia (1989),
42 B.C.L.R. (2d) 77

The asbestos companies claimed the following relief:

(a) a declaration that British Columbia is the natural forum for the trial of the matters raised in the Texas action;

(b) a declaration that the asbestos companies are not liable to the claimants in respect of any of the matters raised in the Texas action;

(c) an injunction restraining the defendants in this action from taking any step in Texas to obtain an order enjoining the asbestos companies from seeking the relief claimed in this action;

(d) an injunction restraining the present defendants from further prosecuting the Texas action; and,

(e) a claim for damages for abuse of process.

Esson C.J.S.C. noted that the doctrine of *forum non conveniens* was not applicable to the Texas courts. Describing the introduction of anti-suit injunctions to Canadian jurisprudence as relatively new, Esson C.J.S.C. then directed his attention to English jurisprudence for guidance. In particular, he took *Castanho v. Brown & Root (U.K.) Ltd.*, [1981] A.C. 557 (H.L.), and *SNI Aérospatiale v. Lee Kui Jak*, [1987] 3 All E.R. 510 (P.C.), (hereinafter "*SNI*") as "highly persuasive authority" because they dealt directly with anti-suit injunctions. The principle Esson C.J.S.C. drew from these cases was that if the local court decides that its jurisdiction is the natural forum for the adjudication of the dispute, and that the plaintiff is acting oppressively through the foreign proceedings, the local court can enjoin the plaintiffs from proceeding with the foreign action, if doing so would be in the interests of justice.

Les juridictions inférieures

Cour suprême de la Colombie-Britannique (1989),
42 B.C.L.R. (2d) 77

Les sociétés d'amiante ont demandé la réparation suivante:

a) un jugement déclaratoire portant que la Colombie-Britannique est le ressort logique pour les questions soulevées dans l'action intentée au Texas;

b) un jugement déclaratoire portant que les sociétés d'amiante n'ont aucune responsabilité envers les demandeurs relativement à toutes les questions soulevées dans l'action intentée au Texas;

c) une injonction interdisant aux défendeurs dans cette action de faire toute démarche au Texas pour obtenir une ordonnance interdisant aux sociétés d'amiante de demander la réparation visée par cette action;

d) une injonction interdisant aux présents défendeurs de poursuivre l'action intentée au Texas;

e) une demande de dommages-intérêts pour abus de procédure.

Le juge en chef Esson a fait remarquer que la règle du *forum non conveniens* n'est pas applicable au Texas. Après avoir souligné que l'injonction contre les poursuites est relativement nouvelle dans la jurisprudence canadienne, il a examiné la jurisprudence anglaise. En particulier, il a estimé que les arrêts *Castanho c. Brown & Root (U.K.) Ltd.*, [1981] A.C. 557 (H.L.), et *SNI Aérospatiale c. Lee Kui Jak*, [1987] 3 All E.R. 510 (C.P.), (ci-après appelé «*SNI*») étaient des [TRADUCTION] «précédents très convaincants», parce qu'ils avaient expressément pour objet des injonctions contre des poursuites. Il a tiré de ces arrêts le principe que, si le tribunal de l'endroit décide qu'il est le ressort logique pour le règlement du litige, et que le demandeur agit d'une manière oppressive dans l'instance étrangère, le tribunal de l'endroit peut interdire aux demandeurs de poursuivre l'action à l'étranger, s'il y va de l'intérêt de la justice.

In applying these principles to the case at bar, Esson C.J.S.C. held that, while Texas is not a “wholly inappropriate forum”, British Columbia was “a more natural” one. This being insufficient to decide the issue, he went on to balance the “juridical convenience” to the appellants in continuing the Texas proceedings against the disadvantage to the respondents. In his view, the refusal of Texas to apply the doctrine of *forum non conveniens* was a factor weighing in favour of a finding of oppression. Although the rules of comity would dictate that British Columbia defer to the decision of the Texas court on the question of whether proceeding in that jurisdiction would be oppressive, since there was no consideration of this issue on the merits, Esson C.J.S.C. concluded that no deference should be paid to the Texas court. Esson C.J.S.C. considered the fact that the Texas court had enjoined the respondents from seeking an anti-suit injunction against the non-British Columbia claimants by way of an anti-anti-suit injunction to be a further factor indicating oppression.

Court of Appeal (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 218

Hollinrake J.A., writing for McEachern C.J.B.C. and Taggart J.A., stated that Esson C.J.S.C. did not err in principle or otherwise such that the appeal should be successful. Hollinrake J.A., however, did hold different views on the issue of natural forum and the significance of the want of the doctrine of *forum non conveniens*.

Firstly, Hollinrake J.A. stated that although most of the case law involved an application for a stay of domestic proceedings, and not an anti-suit injunction restraining foreign proceedings, the principles applicable to a stay must be considered as a guide when determining the principles applicable to an application for an anti-suit injunction. He decided that the principles enunciated in *SNI* should be adopted. Hollinrake J.A. commented that the absence of the doctrine of *forum non conveniens* played a significant role in his conclusion

Appliquant ces principes à l'espèce, le juge en chef Esson a conclu que, si le Texas n'est pas un [TRADUCTION] «ressort totalement inapproprié», la Colombie-Britannique en est un [TRADUCTION] «plus logique». Comme cette conclusion n'offre pas une solution suffisante du litige, il a soupesé [TRADUCTION] «l'avantage juridique» que les appelants peuvent retirer de la poursuite de l'instance au Texas et l'inconvénient pour les intimées. À son avis, le refus du Texas d'appliquer la règle du *forum non conveniens* est un facteur qui l'autorisait à conclure à l'oppression. Bien que les règles de la courtoisie exigent que la Colombie-Britannique défère à la décision du tribunal texan sur la question de savoir si l'instance dans ce ressort serait oppressive, puisque cette question n'a pas été examinée au fond, le juge en chef Esson a conclu qu'il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue à l'égard du tribunal du Texas. À son avis, un autre facteur indicatif d'oppression est le fait que le tribunal texan a interdit aux intimées, par une contre-injonction, de demander une injonction contre les poursuites à l'encontre des demandeurs qui ne sont pas des résidents de la Colombie-Britannique.

Cour d'appel (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 218

Au nom du juge en chef McEachern, et du juge Taggart, le juge Hollinrake dit que le juge en chef Esson n'a pas commis d'erreur de principe ou autre qui l'autorise à faire droit à l'appel. Toutefois, le juge Hollinrake adopte un point de vue différent sur la question du ressort logique et sur celle de l'importance de l'absence d'une règle du *forum non conveniens*.

Premièrement, le juge Hollinrake dit que, bien que la jurisprudence porte, en grande partie, sur des demandes de suspension d'instances internes et non sur des injonctions contre des poursuites à l'étranger, les principes applicables à une suspension doivent servir de guide pour déterminer les principes applicables à une demande d'injonction contre des poursuites. Il conclut qu'il y a lieu d'adopter les principes énoncés dans l'arrêt *SNI*. Il fait observer que l'absence d'une règle du *forum non conveniens* joue un rôle important dans sa con-

that British Columbia is “the one and only natural forum for this action”.

Hollinrake J.A. was of the view that comity was of little importance because the injunction is not directed to the foreign court but only to the appellants who were British Columbia residents. The fact that the appellants had not commenced concurrent actions in British Columbia was not of sufficient importance, because if it were of importance, any claimant could avoid an anti-suit injunction merely by not commencing an action in the jurisdiction where the anti-suit injunction is sought.

McEachern C.J.B.C. agreed with Hollinrake J.A., but wrote concurring reasons for judgment adding that all courts should ensure that their citizens do not bring proceedings other than in the natural forum, that is, the one with the closest connection to the litigation.

The Issue

The issue to be determined is on what principles should a court exercise its discretion to grant an anti-suit injunction and how these principles apply in this appeal.

Choosing the Forum in Modern Litigation

This Court has not considered this question since its decision in *Antares Shipping Corp. v. The Ship “Capricorn”*, [1977] 2 S.C.R. 422. Meanwhile, the business of litigation, like commerce itself, has become increasingly international. With the increase of free trade and the rapid growth of multi-national corporations it has become more difficult to identify one clearly appropriate forum for this type of litigation. The defendant may not be identified with only one jurisdiction. Moreover, there are frequently multiple defendants carrying on business in a number of jurisdictions and distributing their products or services world wide. As well, the plaintiffs may be a large class residing in different jurisdictions. It is often difficult to

clution que la Colombie-Britannique est [TRADUCTION] «le seul et unique ressort logique pour juger cette action».

Le juge Hollinrake est d’avis que la courtoisie présente peu d’importance parce que l’injonction ne vise pas le tribunal étranger, mais seulement les appelants qui sont des résidents de la Colombie-Britannique. Le fait que les appelants n’ont pas introduit d’instances concomitantes en Colombie-Britannique ne présente pas une importance suffisante parce que, s’il était important, tout demandeur pourrait éviter une injonction contre des poursuites simplement en s’abstenant d’engager une action dans le ressort où l’injonction contre les poursuites est sollicitée.

Le juge en chef McEachern souscrit aux conclusions du juge Hollinrake, mais il a rédigés des motifs concourants dans lesquels il ajoute que tous les tribunaux doivent veiller à ce que leurs justiciables n’intentent pas d’action ailleurs que dans le ressort logique, savoir celui qui a les liens les plus étroits avec le litige.

La question en litige

Il s’agit de cerner les principes qui doivent fonder l’exercice du pouvoir discrétionnaire de décerner une injonction contre des poursuites et de déterminer leur application en l’espèce.

Choix du tribunal dans les litiges contemporains

Notre Cour n’a pas étudié cette question depuis son arrêt *Antares Shipping Corp. c. Le navire «Capricorn»*, [1977] 2 R.C.S. 422. Dans l’interval, les litiges, comme le commerce, ont pris de plus en plus un caractère international. Étant donné l’essor du libre-échange et la prolifération des sociétés multinationales, il est devenu plus difficile de déterminer un tribunal qui soit nettement approprié pour ce type de litige. Il se peut que l’on ne puisse rattacher le défendeur à un seul ressort. Au surplus, il arrive souvent que les défendeurs soient nombreux, qu’ils exercent leur activité dans nombre de territoires et distribuent leurs produits ou leurs services dans le monde entier. En outre, il se peut que les demandeurs forment un grand groupe

pinpoint the place where the transaction giving rise to the action took place. Frequently, there is no single forum that is clearly the most convenient or appropriate for the trial of the action but rather several which are equally suitable alternatives. In some jurisdictions, novel principles requiring joinder of all who have participated in a field of commercial activity have been developed for determining how liability should be apportioned among defendants. In this climate, courts have had to become more tolerant of the systems of other countries. The parochial attitude exemplified by *Bushby v. Munday* (1821), 5 Madd. 297, 56 E.R. 908, at p. 308 and p. 913, that “[t]he substantial ends of justice would require that this Court should pursue its own better means of determining both the law and the fact of the case” is no longer appropriate.

This does not mean, however, that “forum shopping” is now to be encouraged. The choice of the appropriate forum is still to be made on the basis of factors designed to ensure, if possible, that the action is tried in the jurisdiction that has the closest connection with the action and the parties and not to secure a juridical advantage to one of the litigants at the expense of others in a jurisdiction that is otherwise inappropriate. I recognize that there will be cases in which the best that can be achieved is to select an appropriate forum. Often there is no one forum that is clearly more appropriate than others.

The courts have developed two forms of remedy to control the choice of forum by the parties. The first and more conventional device is a stay of proceedings. This enables the court of the forum selected by the plaintiff (the domestic forum) to stay the action at the request of the defendant if persuaded that the case should be tried elsewhere. The second is the anti-suit injunction, a more aggressive remedy, which may be granted by the domestic court at the request of a defendant or defendants, actual or potential, in a foreign suit. In the usual situation the plaintiff in the domestic court moves to restrain the defendant or defendants

et résident dans des ressorts distincts. Il est souvent difficile de mettre le doigt sur l’endroit où l’opération qui a donné ouverture à l’action a été effectuée. Souvent, il n’y a aucun tribunal qui est nettement le plus commode ou le plus approprié pour connaître de l’action, mais plusieurs représentent plutôt un choix aussi propice. Dans certains ressorts, de nouveaux principes régissent le partage de la responsabilité entre les défendeurs et exigent la jonction de toutes les parties qui ont participé à un champ d’activités commerciales. Dans ce climat, les tribunaux ont dû se montrer plus tolérants à l’égard des systèmes étrangers. Il convient de se départir de l’esprit de clocher démontré par l’arrêt *Bushby c. Munday* (1821), 5 Madd. 297, 56 E.R. 908, à la p. 308 et à la p. 913, selon lequel [TRADUCTION] «[l]a cour doit, au nom des intérêts supérieurs de la justice, recourir à ses propres moyens, qui sont les meilleurs, pour statuer sur le droit et sur les faits de l’espèce».

Cela ne veut cependant pas dire qu’il faille encourager la «recherche d’un tribunal favorable». Le choix du tribunal approprié doit encore reposer sur des facteurs conçus pour faire en sorte, si possible, que le procès soit instruit dans le ressort qui a les liens les plus étroits avec le litige et les parties, et que l’une de celles-ci ne jouisse d’un avantage juridique au détriment des autres devant un tribunal par ailleurs inapproprié. J’admets que, dans certains cas, le mieux que l’on pourra faire sera de choisir un tribunal approprié. Il arrive souvent qu’aucun tribunal n’est nettement plus approprié que les autres.

Les tribunaux ont élaboré deux voies de droit destinées à contrôler le choix du tribunal fait par les parties. Le premier mécanisme, et le plus classique, est la suspension d’instance. Il permet au tribunal saisi par le demandeur (le tribunal interne) de suspendre l’action à la demande du défendeur s’il est convaincu qu’il serait préférable que l’action soit jugée ailleurs. Le second, plus énergique, est l’injonction contre les poursuites, qui peut être décernée par le tribunal interne à la demande d’un ou plusieurs défendeurs, actuels ou éventuels, dans une instance à l’étranger. D’ordinaire, le demandeur devant le tribunal interne prie celui-ci d’inter-

from launching or continuing a proceeding in the courts of another jurisdiction. Occasionally, as in this case, the defendants in a foreign jurisdiction who allege that the plaintiff in that jurisdiction has selected an inappropriate forum seek an injunction from the courts of the alleged appropriate forum, in which no proceeding is pending, to restrain continuation of the foreign proceedings. While the restraining order operates *in personam* on the plaintiff in the foreign suit and not on the foreign court itself, it has the latter effect and therefore raises serious issues of comity.

Although both the remedy of a stay and an injunction have as their main objectives the selection of an appropriate forum for the trial of the action, there is a fundamental difference between them which is crucial to the development of the principles which should govern each. In the case of the stay the domestic court determines for itself whether in the circumstances it should take jurisdiction whereas, in the case of the injunction, it in effect determines the matter for the foreign court. Any doubts that a foreign court will not regard this as a breach of comity are dispelled by reading the reaction of Wilkey J. of the District of Columbia Circuit of the United States Federal Court of Appeal in *Laker Airways v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909 (1984), in which the British courts restrained Laker from continuing an anti-trust suit in United States courts against British airlines. In assessing the role of comity in the formulation of the principles which should inform the exercise of this power, I adopt the definition of comity approved by La Forest J. in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at p. 1096:

“Comity” in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and conve-

dire au défendeur ou aux défendeurs d’introduire ou de poursuivre une instance devant les tribunaux étrangers. Parfois, comme en l’espèce, les défendeurs à l’étranger qui soutiennent que le demandeur dans ce ressort a choisi un tribunal inapproprié demandent une injonction devant le tribunal qui serait, selon eux, approprié et devant lequel aucune instance n’est pendante, en vue d’empêcher la poursuite de l’action à l’étranger. L’ordonnance portant interdiction agit *in personam* sur le demandeur dans l’instance à l’étranger et non sur le tribunal étranger lui-même, mais il a un effet sur ce dernier et soulève donc des questions sérieuses au chapitre de la courtoisie.

Le principal objectif tant de la suspension que de l’injonction est le choix d’un tribunal approprié à qui soumettre le litige, mais il existe entre les deux voies de droit une différence fondamentale qui forme un élément critique de l’élaboration des principes qui doivent régir chacune. Dans le cas de la suspension, le tribunal interne décide pour lui-même s’il doit, dans les circonstances, se déclarer compétent, tandis que, dans le cas de l’injonction, il tranche en fait la question au nom du tribunal étranger. Tout doute quant à la question de savoir si le tribunal étranger tiendra ce geste pour une atteinte au principe de la courtoisie se dissipe à la lecture de la réponse du juge Wilkey, du circuit du District de Columbia de la Cour d’appel fédérale des États-Unis, dans l’arrêt *Laker Airways c. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909 (1984), où les tribunaux britanniques avaient interdit à Laker de poursuivre une action fondée sur la loi antitrust intentée devant les tribunaux américains contre des compagnies d’aviation britanniques. Pour apprécier le rôle de la courtoisie dans la formulation des principes qui doivent fonder l’exercice de ce pouvoir, j’adopte la définition de la courtoisie donnée par le juge La Forest dans l’arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, à la p. 1096:

La «courtoisie» au sens juridique n’est ni une question d’obligation absolue d’une part ni de simple politesse et de bonne volonté de l’autre. Mais c’est la reconnaissance qu’une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d’une autre nation, compte tenu à la fois des obligations et des convenances

nience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws

It has been suggested that by reason of comity, anti-suit injunctions should either never be granted or severely restricted to those cases in which it is necessary to protect the jurisdiction of the court issuing the injunction or prevent evasion of an important public policy of the domestic forum. See Richard W. Raushenbush, "Antisuit Injunctions and International Comity" (1985), 71 *Va. Law Rev.* 1039, and *Laker Airlines*, *supra*. A case can be made for this position. In a world where comity was universally respected and the courts of countries which are the potential fora for litigation applied consistent principles with respect to the stay of proceedings, anti-suit injunctions would not be necessary. A court which qualified as the appropriate forum for the action would not find it necessary to enjoin similar proceedings in a foreign jurisdiction because it could count on the foreign court's staying those proceedings. In some cases, both jurisdictions would refuse to decline jurisdiction as, for example, where there is no one forum that is clearly more appropriate than another. The consequences would not be disastrous. If the parties chose to litigate in both places rather than settle on one jurisdiction, there would be parallel proceedings, but since it is unlikely that they could be tried concurrently, the judgment of the first court to resolve the matter would no doubt be accepted as binding by the other jurisdiction in most cases.

While the above scenario is one we should strive to attain, it has not yet been achieved. Courts of other jurisdictions do occasionally accept jurisdiction over cases that do not satisfy the basic requirements of the *forum non conveniens* test. Comity is not universally respected. In some cases a serious injustice will be occasioned as a result of the failure of a foreign court to decline jurisdiction. It is only in such circumstances that a court should entertain an application for an anti-suit injunction. This then indicates the general tenor of the principles that underlie the granting of this form of

internationales et des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois . . .

On a fait valoir qu'au nom de la courtoisie, les injonctions contre les poursuites ou ne doivent jamais être décernées, ou doivent être strictement limitées aux cas dans lesquels il est nécessaire de protéger la compétence du tribunal qui décerne l'injonction ou de contrecarrer la transgression d'une importante règle d'intérêt public du ressort. Voir Richard W. Raushenbush, «Antisuit Injunctions and International Comity» (1985), 71 *Va. Law Rev.* 1039, et l'arrêt *Laker Airlines*, précité. Cette position est défendable. Dans un monde où la courtoisie serait universellement respectée et où les tribunaux susceptibles d'être saisis appliqueraient uniformément les principes régissant la suspension d'instance, les injonctions contre les poursuites ne seraient pas nécessaires. Un tribunal qui est jugé approprié n'estimerait pas nécessaire d'interdire des actions analogues dans un ressort à l'étranger parce qu'il pourrait compter sur la suspension d'instance dans ce ressort étranger. Dans certains cas, les deux tribunaux refuseraient de se récuser, par exemple, lorsque aucun tribunal n'est nettement plus approprié qu'un autre. Les conséquences ne seraient pas désastreuses. Si les parties choisissaient d'engager des actions devant les deux tribunaux, au lieu de s'entendre sur l'un d'eux, des instances parallèles en résulteraient, mais comme il est peu probable qu'elles puissent être jugées simultanément, dans la plupart des cas, le jugement du tribunal qui résoudrait la question en premier serait sans aucun doute considéré comme liant l'autre tribunal.

Il s'agit là certes du scénario préférable, mais il n'est encore qu'un idéal. Les tribunaux étrangers se déclarent parfois compétents à l'égard d'affaires qui ne satisfont pas aux exigences fondamentales du critère du *forum non conveniens*. La courtoisie n'est pas universellement respectée. Dans certains cas, une grave injustice résultera de l'omission par un tribunal étranger de se récuser. C'est seulement en pareille situation qu'un tribunal doit admettre une demande d'injonction contre les poursuites. Voilà donc la nature générale des principes qui fondent cette forme de réparation. Pour en arriver à

relief. In order to arrive at more specific criteria, it is necessary to consider when a foreign court has departed from our own test of *forum non conveniens* to such an extent as to justify our courts in refusing to respect the assumption of jurisdiction by the foreign court and in what circumstances such assumption amounts to a serious injustice. The former requires an examination of the current state of the law relating to the stay of proceedings on the ground of *forum non conveniens*, while the latter, the law with respect to injunctions and specifically anti-suit injunctions.

Forum Non Conveniens

The law of Canada and other common law countries on this subject evolved from the law of England which was most recently restated by the House of Lords in *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] A.C. 460. In setting out the principles which should guide a British court, Lord Goff, who delivered the main judgment, stated at p. 477 that "on a subject where comity is of importance, it appears that there will be a broad consensus among major common law jurisdictions". The English approach has gone through several stages of evolution tending to a broader acceptance of the legitimacy of the claim of other jurisdictions to try actions that have connections to England as well as to such other jurisdictions. Other common law jurisdictions have either accepted the principles in *Spiliada*, or an earlier version of them.

Earlier English cases declined to apply the principle of *forum non conveniens*, which was a Scottish principle, preferring a rule which required a party who had been served within the jurisdiction to establish: (1) that the continuation of the action would cause an injustice to him or her because it would be oppressive or vexatious or constitute an abuse of the process, and (2) that stay would not cause an injustice to the plaintiff. The foundation for this rule was not balance of convenience for the trial of the action but rather abuse of the rights of the parties. A different test applied with respect

des critères plus précis, il faut voir dans quels cas un tribunal étranger aurait dérogé à tel point à notre propre critère du *forum non conveniens*, que nos tribunaux seraient autorisés à refuser de respecter la compétence que s'est attribuée le tribunal étranger, et aussi dans quelles circonstances l'exercice de cette compétence devient une grave injustice. Le premier volet de l'analyse nous oblige à étudier l'état actuel du droit relativement à la suspension d'instance fondée sur le *forum non conveniens*, tandis que le second se rapporte aux règles de droit concernant les injonctions et, plus particulièrement, celles contre les poursuites.

Forum non conveniens

Le droit canadien et celui d'autres pays de common law en cette matière ont leur source dans le droit anglais; or, l'exposé le plus récent de celui-ci se trouve dans l'arrêt *Spiliada Maritime Corp. c. Cansulex Ltd.*, [1987] A.C. 460. Énonçant les principes sur lesquels devraient se guider les tribunaux britanniques, lord Goff, qui a rendu le jugement principal, dit à la p. 477 que [TRADUCTION] «s'il s'agit d'une question à l'égard de laquelle la courtoisie est importante, il semble que les principaux ressorts de common law arriveront à un large consensus». En Angleterre, on a observé plusieurs stades dans l'évolution de la position des tribunaux, qui ont maintenant tendance à accepter plus volontiers la légitimité de la compétence que s'attribuent des tribunaux étrangers pour juger des actions qui se rattachent à la fois à l'Angleterre et à leur ressort. D'autres ressorts de common law ont accepté soit les principes énoncés dans l'arrêt *Spiliada*, soit une version antérieure de ceux-ci.

Anciennement, les juges anglais refusaient d'appliquer la règle du *forum non conveniens*, qui était d'origine écossaise, lui préférant une règle qui obligeait une partie à qui avait été signifiée une action dans le ressort à établir, premièrement, qu'elle serait victime d'une injustice en cas de poursuite de l'action parce que celle-ci est oppressive ou vexatoire, ou qu'elle constitue un abus de procédure et, deuxièmement, qu'aucune injustice ne serait commise envers le demandeur en cas de suspension. Le fondement de cette règle n'était pas la prépondérance des inconvénients selon qu'un

to cases in which service outside the jurisdiction was necessary. In such a case an order for service *ex juris* was required and the plaintiff had to show that England was the appropriate forum and that the rule authorizing such service was otherwise complied with. In *The Atlantic Star*, [1973] 2 All E.R. 175, the House of Lords was urged to adopt the principle of *forum non conveniens* from the Scottish law and to discontinue the test which required proof that the action was oppressive or vexatious as a prerequisite to a stay. The House of Lords declined to adopt the Scottish doctrine but opined that since the words “oppressive and vexatious” were flexible (indeed they had never been satisfactorily defined), liberalization of the English rule could be achieved in the application of those terms. In *Rockware Glass Ltd. v. MacShannon*, [1978] 2 W.L.R. 362, those words were discarded in favour of a more liberal and flexible test which required the defendant to establish: (1) that there is another forum to which the defendant is amenable in which justice can be done at substantially less inconvenience or expense, and (2) that the stay did not deprive the plaintiff of a legitimate personal or juridical advantage if the action continued in the domestic court. This was substantially the same as the Scottish rule of *forum non conveniens*.

In *Spiliada, supra*, the House of Lords restated the rule and elaborated on its application. In particular, the court dealt with its application in what it considered two different circumstances. In the “as of right” cases in which the defendant was served in the jurisdiction, the burden of proof that a stay should be granted was on the defendant who was required to show that there is another forum which is clearly more appropriate for the trial of the action. This so-called “natural forum” is the one with which the action has the most real and substantial connection. If this first condition is established, a stay will be granted unless the plaintiff establishes special circumstances by reason of

tribunal ou l'autre jugeait l'action, mais plutôt l'abus des droits des parties. Un critère différent s'appliquait dans les affaires exigeant la signification à l'extérieur du ressort. En pareil cas, il fallait obtenir une ordonnance pour la signification *ex juris* et le demandeur devait montrer que l'Angleterre était le ressort approprié et que la règle autorisant cette signification avait par ailleurs été respectée. Dans l'arrêt *The Atlantic Star*, [1973] 2 All E.R. 175, la Chambre des lords a été exhortée à adopter la règle du *forum non conveniens* du droit écossais et à abandonner le critère qui exigeait, pour la suspension d'instance, la preuve que l'action était oppressive ou vexatoire. La Chambre des lords a refusé d'adopter la règle écossaise, mais s'est dite d'avis que, vu que les mots «oppressive et vexatoire» étaient vagues (en fait, aucune définition satisfaisante n'en avait jamais été donnée), il était possible d'assouplir la règle anglaise par le biais de l'application de ces mots. Dans l'arrêt *Rockware Glass Ltd. c. MacShannon*, [1978] 2 W.L.R. 362, ces mots ont été écartés en faveur d'un critère plus libéral et plus souple, qui obligeait le défendeur à établir, premièrement, qu'il y avait un autre tribunal dont le défendeur était justiciable et qui pouvait rendre justice de manière beaucoup moins désavantageuse ou moins coûteuse et, deuxièmement, que la suspension ne priverait pas le demandeur d'un avantage personnel ou juridique légitime si l'action était poursuivie devant le tribunal interne. Cet énoncé équivalait essentiellement à la règle écossaise du *forum non conveniens*.

Dans l'arrêt *Spiliada*, précité, la Chambre des lords a réaffirmé la règle et a donné plus de précisions sur son application. En particulier, la cour a traité de son application dans ce qu'elle a considéré comme deux situations différentes. Dans les cas «de plein droit», où la signification a été faite au défendeur dans le ressort, celui-ci a la charge de montrer qu'il y a lieu d'accorder la suspension et qu'il est nettement plus approprié qu'un autre tribunal soit appelé à juger l'action. Ce «ressort logique», comme on l'appelle, est celui avec lequel l'action a le lien le plus réel et le plus important. Si cette première condition est remplie, la suspension sera accordée sauf si le demandeur établit qu'en

which justice requires that the trial take place in England. Mere loss of a juridical advantage will not amount to an injustice if the court is satisfied that substantial justice will be done in the appropriate forum. In cases in which service is effected *ex juris*, the burden is on the plaintiff throughout and is the obverse of that applicable in cases as of right; that is, the plaintiff must show that England is clearly the appropriate forum. Lord Goff provided some guidance with respect to the relevant factors that determine the appropriate forum. While not intending to provide an exhaustive list, His Lordship referred to the principal factors in his reasons at p. 478:

So it is for connecting factors in this sense that the court must first look; and these will include not only factors affecting convenience or expense (such as availability of witnesses), but also other factors such as the law governing the relevant transaction (as to which see *Crédit Chimique v. James Scott Engineering Group Ltd.*, 1982 S.L.T. 131), and the places where the parties respectively reside or carry on business.

These principles were reaffirmed in *de Dampierre v. de Dampierre*, [1987] 2 W.L.R. 1006 (H.L.). The case provides an interesting illustration of the application of the second branch of the rule. The petitioner wife resisted a stay of her divorce proceedings in England on the ground that in France, where her husband had also commenced proceedings, she would be deprived of support if her conduct was found to be the exclusive cause of the break-up of the marriage. Having found that the husband had satisfied the first condition establishing France as the appropriate forum, the loss of this juridical advantage was considered not sufficient to work an injustice in that substantial justice would still be done under the matrimonial regime obtaining in France.

In Australia, the High Court, while not adopting all of the wording of *Spiliada*, has enunciated principles that the court acknowledged would likely yield the same results in the majority of cases. See *Voth v. Manildra Flour Mills Pty Ltd.* (1990),

raison de circonstances particulières, il ne peut obtenir justice que devant le tribunal anglais. La simple perte d'un avantage juridique n'équivaut pas à une injustice si le tribunal est convaincu que, pour l'essentiel, le tribunal approprié peut rendre justice au demandeur. Dans le cas où la signification est faite *ex juris*, la charge de la preuve incombe au demandeur dès le départ; c'est la situation inverse de ce qui se passe dans un cas de plein droit, c'est-à-dire que le demandeur doit montrer que l'Angleterre est nettement le ressort approprié. Lord Goff a donné certaines indications relatives aux facteurs pertinents pour ce qui est de déterminer le tribunal approprié. Bien qu'il n'ait pas voulu dresser une liste exhaustive, Sa Seigneurie s'est référée aux principaux facteurs dans ses motifs, à la p. 478:

[TRADUCTION] Le tribunal doit donc rechercher d'abord les facteurs de rattachement en ce sens; ils comprennent non seulement les facteurs d'ordre pratique ou pécuniaire (tels que la disponibilité des témoins), mais encore des facteurs tels que la loi applicable à l'opération en cause (voir à ce sujet l'affaire *Crédit Chimique c. James Scott Engineering Group Ltd.*, 1982 S.L.T. 131) et le lieu de résidence des parties ou le siège de leur activité.

Ces principes ont été réaffirmés dans l'arrêt *de Dampierre c. de Dampierre*, [1987] 2 W.L.R. 1006 (H.L.). Cette affaire est un exemple intéressant d'application du second volet de la règle. L'épouse demanderesse s'est opposée à la suspension de son action en divorce en Angleterre parce qu'en France, où son époux avait aussi introduit une instance, elle allait être privée d'aliments si sa conduite était tenue pour la seule cause de la dissolution du mariage. La cour ayant conclu que le mari avait rempli la première condition, savoir montré que la France était le ressort approprié, la perte de cet avantage juridique a été considérée comme insuffisante pour entraîner une injustice car, pour l'essentiel, le régime matrimonial en vigueur en France permettrait de rendre justice.

En Australie, la Haute Cour, si elle n'a pas utilisé tous les termes employés dans l'arrêt *Spiliada*, a formulé des principes qui, a-t-elle reconnu, produiraient vraisemblablement les mêmes résultats dans la majorité des cas. Voir l'arrêt *Voth c. Manil-*

65 A.L.J.R. 83, at p. 90. The test for a stay is whether the forum selected by the plaintiff is clearly inappropriate rather than whether there is another forum that is clearly more appropriate. The same test applies in "as of right" and "service *ex juris*" cases. In New Zealand the applicable test is the *Spiliada* test which was adopted in *Club Mediterranee NZ v. Wendell*, [1989] 1 N.Z.L.R. 216 (C.A.). The United States Federal Courts apply similar principles in actions in those courts. In *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981), the Supreme Court of the United States approved of the decision of the District Court which dismissed an action brought in California by the administratrix of the estates of Scottish citizens involved in an air crash in Scotland against the American manufacturers of the aircraft. The test applied by the District Court judge was whether the relevant factors clearly pointed to a trial in the alternative jurisdiction. The test was applied on the basis of a presumption in favour of the plaintiff's choice of forum, the impact of which was lessened when the home forum was not selected.

The current state of the law in Canada is summed up adequately by Ellen L. Hayes in "*Forum Non Conveniens* in England, Australia and Japan: The Allocation of Jurisdiction in Transnational Litigation" (1992), 26 *U.B.C. Law Rev.* 41, at pp. 42-43:

The status of the doctrine of *forum non conveniens* in Canada is unclear. In general terms the Canadian courts have looked to English authorities when considering *forum non conveniens* issues. Their specific approach, however, is not consistent. The most recent cases from the Western provinces refer to the current English test, but at the same time resist adopting a comprehensive test or rule which would result in an "overly legalistic approach." The Ontario courts, on the other hand, have fallen behind the English courts' development of the doctrine and continue to apply a test which has now been replaced by the House of Lords. There is confusion in many of the cases as to whether the test is different when the defendant is served within the jurisdiction rather than *ex juris*, where the burden of proof lies and

dra Flour Mills Pty Ltd. (1990), 65 A.L.J.R. 83, à la p. 90. Le critère pour déterminer s'il y a lieu d'accorder la suspension est de savoir si le tribunal choisi par le demandeur n'est nettement pas approprié et non pas si un autre tribunal serait nettement plus approprié. Le même critère s'applique aux cas «de plein droit» et aux cas de «signification *ex juris*». En Nouvelle-Zélande, le critère applicable est celui énoncé dans l'arrêt *Spiliada*, que la cour a adopté dans l'arrêt *Club Mediterranee NZ c. Wendell*, [1989] 1 N.Z.L.R. 216 (C.A.). Les cours fédérales américaines appliquent des principes semblables dans les actions dont elles sont saisies. Dans l'arrêt *Piper Aircraft Co. c. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981), la Cour suprême des États-Unis a approuvé la décision de la Cour de district qui avait rejeté une action intentée en Californie par l'administratrice de la succession de citoyens écossais, victimes d'un accident d'avion en Écosse, contre le fabricant américain de l'appareil. Pour statuer ainsi, le juge de la Cour de district s'est demandé si les facteurs pertinents l'amenaient nettement à conclure que le procès devait avoir lieu dans l'autre ressort. Le critère reposait sur une présomption favorisant le choix du tribunal fait par le demandeur, dont l'effet a cependant été diminué du fait que le tribunal interne n'a pas été choisi.

L'état actuel du droit au Canada a été adéquatement résumé par Ellen L. Hayes dans «*Forum Non Conveniens* in England, Australia and Japan: The Allocation of Jurisdiction in Transnational Litigation» (1992), 26 *U.B.C. Law Rev.* 41, aux pp. 42 et 43:

[TRADUCTION] La position canadienne relativement à la règle du *forum non conveniens* n'est pas claire. De façon générale, les tribunaux canadiens ont suivi la jurisprudence anglaise quand ils ont examiné des questions relatives à cette règle. Leur démarche particulière n'est cependant pas cohérente. Dans leurs décisions les plus récentes, les tribunaux de l'Ouest mentionnent le critère anglais actuel, mais pourtant ils se refusent à adopter un critère ou une règle d'application générale qui représenterait une «démarche trop formaliste». Les tribunaux ontariens, en revanche, sont en retard sur l'évolution de la règle devant les tribunaux anglais et continuent d'appliquer un critère que la Chambre des lords a maintenant remplacé. Dans bien des affaires, des réponses confuses ont été données aux questions sui-

the weight to be given personal or juridical advantages to the plaintiff of proceeding in the home jurisdiction.

The only recent decision of this Court on the subject is *Antares*, *supra*, which, while an admiralty case in the Federal Court, discusses the general principles relating to *forum non conveniens*. At p. 448, Ritchie J., for the majority, stated the test that should be applied when the court is asked to stay an action on this ground:

In my view the overriding consideration which must guide the Court in exercising its discretion by refusing to grant such an application as this must, however, be the existence of some other forum more convenient and appropriate for the pursuit of the action and for securing the ends of justice.

This case was decided before *Spiliada* and *MacShannon*, *supra*. It is significant that there is no mention in the statement of general principles of any requirement that the domestic proceeding be shown to be oppressive or vexatious. There is no specific discussion of the second condition of the English rule but it is clear from the judgment that a principal factor in the determination that there was no alternative forum more convenient than Canada was the fact that it was the only jurisdiction in which the plaintiff could obtain an effective judgment. The ship, which was the subject of the suit, had been arrested in Quebec and the bond posted to obtain its release was security for enforcement of any judgment obtained in Canada. No such security was available in the other jurisdictions which were potential appropriate fora for the action. Accordingly, Canada was the most convenient forum for both "the pursuit of the action" and "for securing the ends of justice".

In my view there is no reason in principle why the loss of juridical advantage should be treated as a separate and distinct condition rather than being weighed with the other factors which are considered in identifying the appropriate forum. The

vantes: le critère est-il différent selon que la signification a été faite dans le ressort ou *ex juris*, à qui incombe la charge de la preuve et quel poids convient-il d'accorder aux avantages personnels ou juridiques que retire le demandeur lorsque l'action est engagée dans son ressort?

Le seul arrêt récent de notre Cour sur la question est l'arrêt *Antares*, précité. Il s'agit d'une affaire d'amirauté devant la Cour fédérale, mais elle porte sur les principes généraux relatifs au *forum non conveniens*. À la page 448, le juge Ritchie énonce, au nom de la majorité, le critère à appliquer quand le tribunal est prié de suspendre une action pour ce motif:

Selon moi, cependant, la considération primordiale qui doit guider la cour lorsqu'en exerçant son pouvoir discrétionnaire, elle refuse d'accéder à une telle requête, doit être l'existence d'un autre tribunal, plus commode et plus approprié pour la poursuite de l'action et pour la réalisation des fins de la justice.

Cette affaire a été jugée avant les arrêts *Spiliada* et *MacShannon*, précités. Il importe de souligner que, dans l'énoncé des principes généraux, on ne mentionne pas qu'il faille établir que l'action dont le tribunal interne est saisi est oppressive ou vexatoire. La seconde condition que comporte la règle anglaise n'est pas abordée explicitement, mais il ressort clairement de l'arrêt que l'un des facteurs principaux de la décision qu'aucun autre ressort n'était plus approprié que le Canada a été le fait qu'il s'agissait du seul ressort en mesure d'assurer l'exécution efficace du jugement. Le navire qui était l'objet de l'action avait été saisi au Québec et le cautionnement versé pour la mainlevée de la saisie représentait la garantie de l'exécution de tout jugement obtenu au Canada. Aucune garantie de cette nature n'avait été versée aux autres tribunaux qui auraient pu légitimement être appelés à juger l'action. Par conséquent, le Canada était le ressort le plus approprié tant pour ce qui était de «la poursuite de l'action» que de «la réalisation des fins de la justice».

À mon avis, aucune raison sur le plan des principes ne nous autorise à considérer la perte d'un avantage juridique comme une condition distincte plutôt que comme un facteur parmi ceux dont la cour tient compte pour déterminer le tribunal

existence of two conditions is based on the historical development of the rule in England which started with two branches at a time when oppression to the defendant and injustice to the plaintiff were the dual bases for granting or refusing a stay. The law in England has evolved by reworking a passage from the reasons of Scott J. in *St. Pierre v. South American Stores (Gath & Chaves), Ltd.*, [1936] 1 K.B. 382, which contained two conditions. In its original formulation the second condition required the court to ensure that there was no injustice to the plaintiff in granting the stay. No doubt this was because the oppression test concentrated largely on the effects on the defendant of being subjected to a trial in England. When the first condition moved to an examination of all the factors that are designed to identify the natural forum, it seems to me that any juridical advantages to the plaintiff or defendant should have been considered one of the factors to be taken into account. The weight to be given to juridical advantage is very much a function of the parties' connection to the particular jurisdiction in question. If a party seeks out a jurisdiction simply to gain a juridical advantage rather than by reason of a real and substantial connection of the case to the jurisdiction, that is ordinarily condemned as "forum shopping". On the other hand, a party whose case has a real and substantial connection with a forum has a legitimate claim to the advantages that that forum provides. The legitimacy of this claim is based on a reasonable expectation that in the event of litigation arising out of the transaction in question, those advantages will be available.

Finally, I observe that *Antares, supra*, was a case in which leave to serve *ex juris* was required. The Court did not, however, consider this an important matter in formulating the test. It seems to me that whether it is a case for service out of the jurisdiction or the defendant is served in the jurisdiction, the issue remains: is there a more appropriate jurisdiction based on the relevant factors. If the defendant resides out of the jurisdiction this is a factor whether or not service is effected out of the jurisdiction. Residence outside of the jurisdic-

approprié. L'existence de deux conditions est le résultat de l'évolution de la règle en Angleterre, où elle comportait au début deux volets, à un moment où l'oppression du défendeur et l'injustice faite au demandeur étaient les deux facteurs en fonction desquels le tribunal décidait d'accorder ou non la suspension. Cette évolution du droit anglais s'est faite à partir d'un passage des motifs du juge Scott dans l'affaire *St. Pierre c. South American Stores (Gath & Chaves), Ltd.*, [1936] 1 K.B. 382, qui comportait deux conditions. Sous sa forme initiale, la seconde condition exigeait que le tribunal veille à ce que la suspension n'entraîne aucune injustice envers le demandeur. C'était sans aucun doute parce que le critère de l'oppression était centré surtout sur les conséquences qu'aurait pour le défendeur un procès tenu en Angleterre. Quand la première condition s'est muée en un examen de tous les facteurs servant à déterminer le ressort logique, il me semble que tout avantage juridique pour le demandeur ou pour le défendeur aurait dû être tenu pour l'un des facteurs à prendre en considération. Le poids à accorder à un avantage juridique dépend grandement du lien des parties avec le ressort en question. Si une partie s'adresse à un tribunal simplement pour obtenir un avantage juridique et non en raison d'un lien réel et important de l'affaire avec le ressort, ce choix est d'ordinaire réprouvé parce qu'il équivaut à la «recherche d'un tribunal favorable». En revanche, la partie dont la demande a un lien réel et important avec un ressort peut légitimement faire valoir les avantages qu'elle peut en retirer. La légitimité de sa demande repose sur l'attente raisonnable qu'en cas de litige découlant de l'opération en cause, elle pourra se prévaloir de ces avantages.

Pour terminer, je ferai observer que l'arrêt *Antares*, précité, portait sur une affaire dans laquelle l'autorisation de faire la signification *ex juris* était exigée. Toutefois, dans la formulation du critère, la Cour n'a pas jugé qu'il s'agissait d'un point important. Que ce soit un cas de signification à l'extérieur du ressort ou que la signification soit faite au défendeur dans le ressort, la question qu'il faut trancher, à mon sens, reste celle-ci: un autre tribunal serait-il plus approprié, compte tenu des facteurs pertinents? Si le défendeur réside à l'exté-

tion may be artificial. It may have been arranged for tax or other reasons notwithstanding the defendant has a real and substantial connection with this country. The special treatment which the English courts have accorded to *ex juris* cases appears to be based on the dictates of Ord. 11 of the English rules which imposes a heavy burden on the plaintiff to justify the assertion of jurisdiction over a foreigner. In most provinces in Canada, leave to serve *ex juris* is no longer required except in special circumstances and this trend is one that is likely to spread to other provinces. This phenomenon was considered by the High Court of Australia in *Voth, supra*, in reaching its conclusion that the test should be the same for service *ex juris* cases and others. Whether the burden of proof should be on the plaintiff in *ex juris* cases will depend on the rule that permits service out of the jurisdiction. If it requires that service out of the jurisdiction be justified by the plaintiff, whether on an application for an order or in defending service *ex juris* where no order is required, then the rule must govern. The burden of proof should not play a significant role in these matters as it only applies in cases in which the judge cannot come to a determinate decision on the basis of the material presented by the parties. While the standard of proof remains that applicable in civil cases, I agree with the English authorities that the existence of a more appropriate forum must be clearly established to displace the forum selected by the plaintiff. This was the position adopted by McLachlin J.A. (as she then was) in *Avenue Properties Ltd. v. First City Dev. Corp.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45. She emphasized that this had particular application where there were no parallel foreign proceedings pending.

This review establishes that the law in common law jurisdictions is, as observed by Lord Goff in

rieur du ressort, c'est un facteur dont il faut tenir compte, peu importe que la signification ait été faite ou non à l'extérieur du ressort. La résidence à l'extérieur du ressort peut être artificielle. Elle peut avoir été établie à des fins fiscales ou autres, malgré le fait que le défendeur a un lien réel et important avec le pays. La solution particulière que les tribunaux anglais ont retenue dans les cas de signification *ex juris* semble être fondée sur les exigences de l'ordonnance 11 des règles anglaises qui impose un lourd fardeau au demandeur qui veut convaincre le tribunal de se déclarer compétent à l'égard d'un étranger. Dans la plupart des provinces canadiennes, aucune autorisation n'est plus nécessaire pour la signification *ex juris*, sauf dans des cas particuliers, et cette tendance s'étendra vraisemblablement à d'autres provinces. Dans l'arrêt *Voth*, précité, la Haute Cour d'Australie a tenu compte de ce phénomène pour conclure que le critère devrait être le même dans les affaires de signification *ex juris* et dans les autres. La question de savoir si le demandeur a la charge de la preuve dans les affaires de signification *ex juris* dépend de la règle qui permet la signification à l'extérieur du ressort. Si elle exige que le demandeur justifie la signification à l'extérieur du ressort, soit en demandant une ordonnance, soit, quand aucune ordonnance n'est exigée, en faisant valoir pourquoi la signification à l'extérieur du ressort s'impose, alors la règle dicte la solution. La charge de la preuve ne doit pas jouer un rôle important en pareil cas, car elle ne s'applique que dans les affaires où le juge ne peut en arriver à une décision certaine sur la base de la preuve produite par les parties. Bien que la norme de preuve reste celle qui est applicable en matière civile, tout comme les tribunaux anglais, j'estime qu'il faut établir clairement qu'un autre tribunal est plus approprié pour que soit écarté celui qu'a choisi le demandeur. C'est la position que le juge McLachlin (maintenant juge de notre Cour) a prise dans l'arrêt *Avenue Properties Ltd. c. First City Dev. Corp.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45. Elle a souligné que cette solution valait en particulier lorsque aucune instance parallèle n'était pendante à l'étranger.

Cet examen établit que, dans les pays de common law, comme l'a fait remarquer lord Goff dans

Spiliada, remarkably uniform. While there are differences in the language used, each jurisdiction applies principles designed to identify the most appropriate or appropriate forum for the litigation based on factors which connect the litigation and the parties to the competing fora. A review of the law of Japan by Ellen L. Hayes in the study to which I refer above (*supra*, at p. 63) led her to conclude that similar principles are applied there. Regard for the principles of international comity to which I have referred suggests that in considering an anti-suit injunction the fact that a foreign court has assumed jurisdiction in circumstances which are consistent with the application of the above principles is an important factor militating against granting an injunction.

Anti-Suit Injunctions

England

The English courts have exercised jurisdiction to restrain proceedings in a foreign court and to stay domestic actions since 1821. Leach V.-C. in *Bushby v. Munday*, *supra*, at p. 307 and p. 913, stated the rule as follows:

Where parties Defendants are resident in England, and brought by *subpœna* here, this Court has full authority to act upon them personally with respect to the subject of the suit, as the ends of justice require; and with that view, to order them to take, or to omit to take, any steps and proceedings in any other Court of Justice, whether in this country, or in a foreign country.

The sentiment expressed at that time was that the relief sought, whether an injunction or a stay, operated *in personam* and was not intended to interfere with the other court. Thus viewed, the question to be determined was whether the ends of justice required the issuance of an injunction or a stay. In deciding that an injunction should be granted in *Bushby v. Munday*, *supra*, the Vice-Chancellor made findings that the English Court was a more convenient jurisdiction; and, that the proceedings

l'arrêt *Spiliada*, les règles de droit sont remarquablement uniformes. Certes, le vocabulaire utilisé varie, mais chaque ressort applique des principes conçus pour déterminer le tribunal le plus approprié ou le tribunal approprié pour le litige en fonction des facteurs de rattachement entre le litige, les parties et les tribunaux susceptibles d'être saisis. Dans son article que j'ai déjà cité (*loc. cit.*, à la p. 63), Ellen L. Hayes a étudié le droit japonais et est arrivée à la conclusion que des principes semblables y sont appliqués. Le respect des principes de courtoisie internationale dont j'ai fait mention donne à entendre que, pour le tribunal saisi d'une demande d'injonction contre des poursuites, le fait qu'un tribunal étranger s'est déclaré compétent dans des circonstances qui sont compatibles avec l'application des principes susmentionnés est un facteur important qui milite contre la demande d'injonction.

Injonctions contre les poursuites

L'Angleterre

Depuis 1821, les tribunaux anglais se sont déclarés compétents pour interdire des poursuites devant un tribunal étranger et pour suspendre des actions intentées devant eux. Dans l'arrêt *Bushby c. Munday*, précité, le vice-chancelier Leach a énoncé la règle en ces termes, à la p. 307 et à la p. 913:

[TRADUCTION] Quand des défendeurs sont des résidents de l'Angleterre et sont cités devant nos tribunaux, notre Cour est compétente pour faire, relativement à l'objet de l'action, tout acte les touchant personnellement, selon ce qu'exigent les fins de la justice; et à cette fin, pour leur ordonner de prendre ou de s'abstenir de prendre toute mesure et d'engager toute poursuite devant un autre tribunal, dans notre pays ou à l'étranger.

On estimait à cette époque que la réparation demandée, soit une injonction soit une suspension, avait un effet *in personam* et n'avait pas pour but l'immixtion dans les affaires de l'autre tribunal. Dans cette optique, la question qu'il fallait trancher était de savoir si les fins de la justice exigeaient qu'une injonction soit décernée ou qu'une suspension soit accordée. Pour décider qu'il convenait de décerner une injonction dans l'arrêt *Bushby c. Munday*, précité, le vice-chancelier a conclu que le

in Scotland, due to procedural law, were less likely to elicit the truth. Leach V.-C. concluded (at p. 308 and p. 913) that the English court should pursue its superior means for determining both law and fact.

The same test evolved for anti-suit injunctions and stays, based on the judgment of Scott L.J. in *St. Pierre v. South American Stores (Gath & Chaves), Ltd., supra*. Where these requirements were met, the court would exercise its discretion in granting the stay or enjoining the foreign proceedings. The principles governing the issuance of a stay and an anti-suit injunction remained identical until the House of Lords' decision in *The Atlantic Star, supra*, when the English jurisprudence regarding stays of domestic proceedings underwent the first of the modifications to which I have referred. In *The Atlantic Star*, the House of Lords held that the words "oppressive" and "vexatious" should be interpreted liberally. After the decision in *The Atlantic Star*, it was unclear whether the principles governing the issuance of an anti-suit injunction remained the same or whether they evolved along with the principles governing a stay of domestic proceedings. The House of Lords directly considered this question in *Castanho v. Brown and Root (U.K.) Ltd., supra*, which involved an application for an anti-suit injunction. Lord Scarman pronounced, at p. 574, that "[t]he principle is the same whether the remedy sought is a stay of English proceedings or a restraint upon foreign proceedings". Lord Scarman approved the reformulation of the principles as set out by Lord Diplock in *The Atlantic Star, supra*, and concluded, at p. 575, that:

... to justify the grant of an injunction the defendants must show: (a) that the English court is a forum to whose jurisdiction they are amenable in which justice can be done at substantially less inconvenience and expense, and (b) the injunction must not deprive the plaintiff of a legitimate personal or juridical advantage

tribunal anglais était plus approprié et que l'instance introduite en Écosse, à cause des règles de procédure, était moins susceptible de faire ressortir la vérité. Il a conclu (à la p. 308 et à la p. 913) que le tribunal anglais devait recourir à ses propres moyens supérieurs pour statuer sur le droit et sur les faits.

Le même critère a été développé à l'égard des injonctions contre les poursuites et des suspensions, sur la base du jugement du lord juge Scott dans l'arrêt *St. Pierre c. South American Stores (Gath & Chaves), Ltd., précité*. Quand ces conditions étaient remplies, le tribunal exerçait son pouvoir discrétionnaire de prononcer la suspension ou l'interdiction des poursuites à l'étranger. Les principes régissant la suspension et l'injonction contre les poursuites sont restés identiques jusqu'à ce que la Chambre des lords rende l'arrêt *The Atlantic Star, précité*; depuis lors, la jurisprudence anglaise concernant la suspension d'instance devant le tribunal interne est passée par la première mutation dont j'ai parlé. Dans l'arrêt *The Atlantic Star*, la Chambre des lords a décidé que les mots «oppressif» et «vexatoire» devaient être interprétés libéralement. Après cet arrêt, il n'était plus certain que les principes applicables à l'injonction contre les poursuites étaient restés les mêmes ou s'ils avaient évolué comme les principes régissant la suspension d'instance devant le tribunal interne. La Chambre des lords s'est penchée précisément sur cette question dans l'arrêt *Castanho c. Brown and Root (U.K.) Ltd., précité*, qui portait sur une demande d'injonction contre les poursuites. À la page 574, lord Scarman déclare que [TRADUCTION] «[l]e principe est le même, que la réparation demandée soit la suspension de l'instance anglaise ou l'interdiction des poursuites à l'étranger». Lord Scarman a approuvé la reformulation des principes faite par lord Diplock dans l'arrêt *The Atlantic Star, précité*, et il a conclu, à la p. 575:

[TRADUCTION] ... pour qu'une injonction puisse être décernée, les défendeurs doivent montrer: a) que le tribunal anglais est un tribunal dont ils sont justiciables et qui peut rendre justice de manière beaucoup moins désavantageuse et moins coûteuse, et b) que l'injonction ne privera pas le demandeur d'un avantage personnel ou

which would be available to him if he invoked the American jurisdiction. [Emphasis in original.]

Lord Scarman emphasized that the “critical equation” in an application for a stay or an anti-suit injunction was between the advantage to the plaintiff and the disadvantage to the defendants. For the purposes of this determination, the prospect of higher damages in the foreign jurisdiction was a legitimate juridical advantage for a plaintiff. The House of Lords applied the law as set out in *Castanho*, *supra*, in two succeeding cases involving applications to enjoin foreign proceedings (*British Airways Board v. Laker Airways Ltd.*, [1985] A.C. 53, and *South Carolina Insurance Co. v. Assurantie Maatschappij “De Zeven Provinciën” N.V.*, [1987] A.C. 24).

This test, in so far as it regarded anti-suit injunctions, did not withstand the scrutiny of the Judicial Committee of the Privy Council. In 1987, the Privy Council overturned the liberalized principles that the House of Lords enunciated. The definitive statement of the law was pronounced in *SNI*, *supra*: an anti-suit injunction will not be issued by an English court unless it is shown that the foreign proceedings will be oppressive or vexatious. It was made clear that the traditional principles as summarized in *St. Pierre v. South American Stores (Gath & Chaves), Ltd.*, *supra*, were to govern applications to restrain foreign proceedings. Thus, the liberalized principles formulated in *Spiliada*, *supra*, in the context of an application for a stay of domestic proceedings were not to apply to anti-suit injunctions because to do so would be inconsistent with the principles of comity and would disregard the fundamental requirement that an injunction will only be available where it is required to address the ends of justice.

In coming to his conclusion on the law in *SNI*, Lord Goff considered the long history of English law as well as American and Scottish authorities.

juridique légitime qu’il pourrait retirer si l’action était poursuivie devant le tribunal américain. [En italique dans l’original.]

Lord Scarman a souligné que, dans une demande de suspension ou d’injonction contre les poursuites, il fallait établir [TRADUCTION] «l’équilibre critique» entre l’avantage pour le demandeur et l’inconvénient pour les défendeurs. À cet égard, la possibilité que le tribunal étranger accorde des dommages-intérêts plus élevés constituait un avantage juridique légitime pour le demandeur. La Chambre des lords a appliqué les règles énoncées dans l’arrêt *Castanho*, précité, dans deux affaires ultérieures portant sur des demandes d’injonction contre des poursuites à l’étranger (*British Airways Board c. Laker Airways Ltd.*, [1985] A.C. 53, et *South Carolina Insurance Co. c. Assurantie Maatschappij «De Zeven Provinciën» N.V.*, [1987] A.C. 24).

Ce critère, en ce qui concerne les injonctions contre les poursuites, n’a pas résisté à l’examen du Comité judiciaire du Conseil privé. En 1987, le Conseil privé a renversé les principes plus libéraux que la Chambre des lords avait établis. La formulation définitive du droit se trouve dans l’arrêt *SNI*, précité: un tribunal anglais ne décernera une injonction contre les poursuites que s’il est montré que les poursuites à l’étranger seront oppressives ou vexatoires. Le Conseil privé a bien précisé que les principes traditionnels, résumés dans l’arrêt *St. Pierre c. South American Stores (Gath & Chaves), Ltd.*, précité, devaient régir les demandes d’interdiction d’instances à l’étranger. Par conséquent, les principes plus libéraux énoncés dans l’arrêt *Spiliada*, précité, dans le contexte d’une demande de suspension d’une instance devant le tribunal interne, ne devaient pas être appliqués aux injonctions contre les poursuites parce qu’agir ainsi serait incompatible avec les principes de la courtoisie et irait à l’encontre de l’exigence fondamentale qu’une injonction ne doit être décernée que si cela est nécessaire pour réaliser les fins de la justice.

Pour tirer sa conclusion dans l’arrêt *SNI*, lord Goff a étudié la longue histoire du droit anglais ainsi que la jurisprudence américaine et écossaise.

He stated, at p. 519, that the following basic principles were beyond dispute:

First, the jurisdiction is to be exercised when the 'ends of justice' require it. . . . Second, where the court decides to grant an injunction restraining proceedings in a foreign court, its order is directed not against the foreign court but against the parties so proceeding or threatening to proceed. . . . Third, it follows that an injunction will only be issued restraining a party who is amenable to the jurisdiction of the court against whom an injunction will be an effective remedy. . . . Fourth, it has been emphasised on many occasions that, since such an order indirectly affects the foreign court, the jurisdiction is one which must be exercised with caution. . . .

In considering the above principles, Lord Goff set out the following test (*SNI, supra*, at p. 522):

In the opinion of their Lordships, in a case such as the present where a remedy for a particular wrong is available both in the English (or, as here, the Brunei) court and in a foreign court, the English (or Brunei) court will, generally speaking, only restrain the plaintiff from pursuing proceedings in the foreign court if such pursuit would be vexatious or oppressive. This presupposes that, as a general rule, the English or Brunei court must conclude that it provides the natural forum for the trial of the action, and further, since the court is concerned with the ends of justice, that account must be taken not only of injustice to the defendant if the plaintiff is allowed to pursue the foreign proceedings, but also of injustice to the plaintiff if he is not allowed to do so. So, as a general rule, the court will not grant an injunction if, by doing so, it will deprive the plaintiff of advantages in the foreign forum of which it would be unjust to deprive him.

This analysis represents the current test for issuance of an anti-suit injunction in England.

The United States of America

Although American courts have exercised the equitable power to restrain parties subject to their jurisdiction from litigating in another forum (see *Cole v. Cunningham*, 133 U.S. 107 (1890)), most

Il a dit, à la p. 519, que les principes fondamentaux qui suivent sont indiscutables:

[TRADUCTION] Premièrement, le tribunal doit exercer sa compétence si les «fins de la justice» l'exigent [. . .] Deuxièmement, si le tribunal décide de décerner une injonction interdisant les poursuites devant un tribunal étranger, son ordonnance vise non pas le tribunal étranger, mais les parties qui engagent ou menacent d'engager les poursuites. [. . .] Troisièmement, il s'ensuit qu'une injonction ne doit être décernée que si elle vise une partie justiciable devant le tribunal à l'égard duquel l'injonction sera une réparation efficace [. . .] Quatrièmement, les tribunaux ont souligné à maintes reprises que, puisqu'une telle ordonnance a un effet indirect sur le tribunal étranger, il faut exercer cette compétence avec circonspection . . .

Dans son examen de ces principes, lord Goff a énoncé le critère suivant (arrêt *SNI*, précité, à la p. 522):

[TRADUCTION] De l'avis de Leurs Seigneuries, dans une affaire comme la présente, où le tribunal anglais (ou, comme en l'espèce, le tribunal du Brunei) et un tribunal étranger peuvent accorder une réparation pour un dommage particulier, en général, le tribunal anglais (ou le tribunal du Brunei) n'interdira au demandeur de poursuivre l'instance devant le tribunal étranger que si cette instance est vexatoire ou oppressive. Cela présuppose que, en règle générale, le tribunal anglais ou le tribunal du Brunei doit conclure qu'il est le ressort logique pour juger l'action et que, en outre, comme il doit considérer les fins de la justice, il lui faut tenir compte non seulement de l'injustice qui serait commise contre le défendeur si le demandeur est autorisé à poursuivre l'instance à l'étranger, mais encore de l'injustice faite au demandeur s'il n'y est pas autorisé. Alors, en règle générale, le tribunal ne décernera pas d'injonction si, ce faisant, il prive le demandeur d'avantages qui s'offrent à lui devant le tribunal étranger et dont il serait injuste qu'il soit privé.

Cette analyse représente le critère selon lequel il convient de décerner une injonction contre les poursuites en Angleterre.

Les États-Unis d'Amérique

Bien que les tribunaux américains aient exercé le pouvoir fondé sur l'*equity* d'interdire à des parties relevant de leur juridiction d'introduire une instance devant un autre tribunal (voir l'arrêt *Cole*

American jurisdictions allow parallel foreign proceedings for *in personam* actions. Anti-suit injunctions are used only when “necessary to protect the jurisdiction of the enjoining court, or to prevent the litigant’s evasion of the important public policies of the forum” (*Laker Airways v. Sabena, Belgian World Airlines, supra*, at p. 927). As in the case of other jurisdictions, the power to issue such injunctive relief must be exercised with extreme caution because, although in theory the order operates *in personam*, an anti-suit injunction “effectively restrict[s] the foreign court’s ability to exercise its jurisdiction” (*Laker Airways, supra*, at p. 927).

In American jurisprudence there are no precise rules governing the issuance of anti-suit injunctions; rather, the equitable circumstances are examined to determine whether the injunction is required to prevent an irreparable miscarriage of justice. A court is to be guided by two tenets. Firstly, the fundamental corollary to concurrent jurisdiction must be respected: parallel proceedings in concurrent *in personam* actions are allowed to proceed simultaneously. Second, impedance of the foreign jurisdiction is to be avoided. (See *Laker Airways, supra*, at pp. 926-27.)

As noted by one author, when faced with foreign courts of concurrent jurisdiction, not all American courts abide by the rule favouring parallel proceedings. Richard W. Raushenbush, “Antisuit Injunctions and International Comity”, *supra*, at pp. 1049-50, describes two distinct approaches which have developed. Under the “liberal” approach to anti-suit injunctions, a court will be willing to grant an injunction where the proceedings are duplicative in nature, and they “(1) frustrate a policy of the forum issuing the injunction; (2) [are] vexatious or oppressive; (3) threaten the issuing court’s *in rem* or quasi *in rem* jurisdiction; or (4) . . . prejudice other equitable considerations” (*per Unterweser Reederei, GmbH v. M/S Bremen*, 478 F.2d 888 (5th Cir. 1970), at p. 890).

c. Cunningham, 133 U.S. 107 (1890)), la plupart des juridictions américaines permettent des poursuites parallèles à l’étranger dans le cas d’actions *in personam*. Les injonctions contre les poursuites ne sont décernées que si cela est [TRADUCTION] «nécessaire pour protéger la compétence du tribunal qui les décerne ou pour contrecarrer la transgression des importantes mesures d’intérêt public du tribunal» (*Laker Airways c. Sabena, Belgian World Airlines*, précité, à la p. 927). Comme dans les autres pays, le pouvoir de décerner une telle injonction doit être exercé avec beaucoup de circonspection car, bien qu’en théorie l’ordonnance ait un effet *in personam*, une injonction contre les poursuites [TRADUCTION] «restrein[t] en fait le pouvoir du tribunal étranger d’exercer sa compétence» (*Laker Airways*, précité, à la p. 927).

La jurisprudence américaine ne renferme pas de règle précise pour les injonctions contre les poursuites; les tribunaux examinent plutôt les circonstances, suivant les principes de l’*equity*, afin de décider s’ils doivent prononcer l’injonction pour empêcher une erreur judiciaire irréparable. Deux principes doivent guider le tribunal. Premièrement, il y a lieu de respecter le corollaire fondamental de la compétence concomitante: c’est-à-dire d’autoriser la poursuite simultanée d’instances parallèles *in personam*. Deuxièmement, il faut éviter d’empêcher l’action devant le tribunal étranger. (Voir *Laker Airways*, précité, aux pp. 926 et 927.)

Comme un auteur l’a fait remarquer, lorsque des tribunaux étrangers ont une compétence concomitante, tous les tribunaux américains ne respectent pas la règle favorisant les poursuites parallèles. Richard W. Raushenbush, «Antisuit Injunctions and International Comity», *loc. cit.*, aux pp. 1049 et 1050, fait état de deux écoles. Selon le point de vue «libéral», en matière d’injonction contre les poursuites, le tribunal est disposé à décerner une injonction si les poursuites font double emploi et si elles [TRADUCTION] «(1) contrecarrent une ligne de conduite du tribunal qui la décerne; (2) [sont] vexatoires ou oppressives; (3) menacent la compétence *in rem* ou quasi *in rem* du tribunal qui la décerne; ou (4) [. . .] sont préjudiciables à d’autres intérêts en *equity*» (*Unterweser Reederei, GmbH c.*

The “conservative” approach, as exemplified by Wilkey J. in *Laker Airways*, *supra*, advances the view that issuing anti-suit injunctions to prevent duplicative litigation is inconsistent with the rule permitting parallel proceedings in concurrent *in personam* actions. In the application of the “conservative” approach (at p. 927), anti-suit injunctions are only deployed when it becomes “necessary to protect the jurisdiction of the enjoining court, or to prevent the litigant’s evasion of the important public policies of the forum”. Often an applicant is additionally required to establish the conventional requirements for issuance of an injunction: a likelihood of success on the merits, a risk of irreparable injury, a lack of significant harm to the defendant, and a public interest in issuing an injunction. (See *Gau Shan Co., Ltd. v. Bankers Trust Co.*, 956 F.2d 1349 (6th Cir. 1992).)

As observed by Lord Goff in *SNI*, there is no suggestion in American jurisprudence that applications for stays of proceedings and anti-suit injunctions are governed by the same principles.

Australia

The Federal Court—General Division has discussed the English and American authorities regarding anti-suit injunctions: Gummow J. in *National Mutual Holdings Pty. Ltd. v. Sentry Corp.* (1989), 87 A.L.R. 539, at p. 563, concluded that:

The conduct of foreign proceedings which have a tendency to interfere with the due process of the domestic court may, in the circumstances of a particular case, generate the necessary equity to enjoin those foreign proceedings as vexatious or oppressive. . . .

He added three observations. First, “[i]n Australia, there is the further consideration that where a court has begun to exercise the judicial power of the Commonwealth in relation to a particular matter, it has the exclusive right to exercise or control the exercise of the functions which form part of that

M/S Bremen, 428 F.2d 888 (5th Cir. 1970), à la p. 890). Selon le point de vue «conservateur», que défend par exemple le juge Wilkey dans l’arrêt *Laker Airways*, précité, décerner une injonction contre les poursuites afin d’empêcher des instances qui font double emploi est incompatible avec la règle qui permet la poursuite d’instances parallèles dans le cas d’actions *in personam* concomitantes. Le tribunal qui suit le point de vue «conservateur» (à la p. 927) ne décerne d’injonction contre les poursuites que si cela est [TRADUCTION] «nécessaire pour protéger sa compétence ou pour contre-carrer la transgression des importantes mesures d’intérêt public du tribunal». Souvent, on exige du requérant qu’il satisfasse en outre aux exigences classiques en matière d’injonction: de bonnes chances d’avoir gain de cause au fond, le risque de préjudice irréparable, l’absence de tort important pour le défendeur et l’intérêt public (voir l’arrêt *Gau Shan Co., Ltd. c. Bankers Trust Co.*, 956 F.2d 1349 (6th Cir. 1992)).

Comme l’a fait observer lord Goff dans l’arrêt *SNI*, il ne ressort pas de la jurisprudence américaine que les mêmes principes régissent les suspensions d’instance et les injonctions contre les poursuites.

L’Australie

La section générale de la Cour fédérale a étudié la jurisprudence anglaise et américaine en matière d’injonctions contre les poursuites: dans l’affaire *National Mutual Holdings Pty. Ltd. c. Sentry Corp.* (1989), 87 A.L.R. 539, à la p. 563, le juge Gummow conclut:

[TRADUCTION] La poursuite à l’étranger d’instances qui ont tendance à nuire à l’application régulière de la loi devant le tribunal interne peut, dans les circonstances d’une affaire donnée, faire intervenir les principes d’*equity* nécessaires pour que l’instance soit interdite parce qu’elle est vexatoire ou oppressive . . .

Il fait trois autres remarques. Premièrement, [TRADUCTION] «[e]n Australie, un autre facteur entre en jeu: si un tribunal a commencé à exercer le pouvoir judiciaire dont le Commonwealth est investi relativement à une question donnée, il a le droit exclusif d’exercer les fonctions qui ressortissent à ce pou-

power or are incidental to it: cf *Pioneer Concrete (Vic) Pty Ltd v Trade Practices Commission* (1982) 152 CLR 460 at 471-3, 474. . . .” Secondly, “[i]t is also to be asked whether effectual relief can be obtained in the courts of the foreign country . . . : cf *White and Tudor’s Leading Cases in Equity* [9th ed., vol. 1], pp 635-6”. And lastly, “[a] relevant consideration is the existence of substantial reasons of benefit for the plaintiff in bringing the foreign proceedings: [*SNI*] (at 893-4)”.

The High Court of Australia has not specifically considered the principles upon which an anti-suit injunction will be granted.

Canada

Canadian jurisprudence is not widely developed on this subject matter. Even the early cases, however, admonished that the power to restrain foreign proceedings should be exercised with great caution and that the strict purpose of such injunctions was to prevent the abuse of the courts by vexatious actions. There is no decision of this Court on the point.

Two recent Nova Scotia decisions dealt with anti-suit injunctions. *Canadian Home Assurance Co. v. Cooper* (1986), 29 D.L.R. (4th) 419 (N.S.S.C. App. Div.), predated the English judgment of *SNI*. In that case, an injunction was granted upon MacKeigan J.A.’s findings that the foreign action involving the same parties was of no value to the respondents since, if its resolution was the same as the domestic action, it would not add to the domestic judgment, and, if the judgment were not the same, it would not be recognized in the domestic jurisdiction because of what would be considered to be a jurisdictional error. Without discussion of the governing principles, the injunction was granted. In the later Nova Scotia case of *Rowan Companies, Inc. v. DiPersio* (1990), 69 D.L.R. (4th) 224, which was decided after *SNI*, an anti-suit injunction was refused by the Court of Appeal. Jones J.A., delivering the judgment for the

voir ou qui y sont accessoires, ou d’en contrôler l’exercice: voir *Pioneer Concrete (Vic) Pty Ltd c Trade Practices Commission* (1982), 152 CLR 460, aux pp. 471 à 473 et 474» Deuxièmement, [TRADUCTION] «[i]l faut aussi se demander s’il est possible d’obtenir une réparation efficace devant les tribunaux étrangers [. . .]: voir White et Tudor, *Leading Cases in Equity*, [9^e éd., vol. 1], aux pp. 635 et 636». Et troisièmement, [TRADUCTION] «[c]onstitue un facteur pertinent l’existence de fortes raisons de croire que le demandeur retirerait un avantage de l’introduction d’une instance à l’étranger: [*SNI*] (aux pp. 893 et 894)».

La Haute Cour de l’Australie ne s’est pas prononcée expressément sur les principes qui fondent les injonctions contre les poursuites.

Le Canada

La jurisprudence canadienne sur cette question n’est pas très abondante. Toutefois, même les décisions les plus anciennes renferment une mise en garde selon laquelle le pouvoir d’interdire les poursuites à l’étranger doit être exercé avec beaucoup de circonspection et ce genre d’injonctions doit viser strictement à empêcher l’abus de procédure par des actions vexatoires. Notre Cour n’a jamais rendu de décision sur ce point.

Deux arrêts récents, rendus en Nouvelle-Écosse, traitent des injonctions contre les poursuites. L’arrêt *Canadian Home Assurance Co. c. Cooper* (1986), 29 D.L.R. (4th) 419 (C.S.N.-É. Div. app.), est antérieur à l’arrêt anglais *SNI*. Dans cette affaire, le juge MacKeigan a décerné une injonction après avoir conclu que l’action à l’étranger entre les mêmes parties n’avait aucune valeur pour les intimés puisque, si le tribunal y apportait la même solution que le tribunal interne, cela n’ajouterait rien au jugement de celui-ci, et si la solution était différente, elle ne serait pas reconnue par le tribunal interne parce qu’elle serait tenue pour une erreur juridictionnelle. Sans examiner les principes applicables, la cour a décerné l’injonction. Dans l’arrêt *Rowan Companies, Inc. c. DiPersio* (1990), 69 D.L.R. (4th) 224, postérieur à l’arrêt *SNI*, la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a refusé une demande d’injonction contre des poursuites. Au

court, stated that the balance of convenience favoured the respondent. The factors he relied on were that the action was brought in the *lex loci delicti* which was the appropriate forum and that the applicant carried on business in the foreign jurisdiction where, presumably, some of the witnesses resided. He found, at p. 240, that the action could not be termed "frivolous or vexatious".

In the recent Alberta Queen's Bench decision in *Allied-Signal Inc. v. Dome Petroleum Ltd.* (1988), 67 Alta. L.R. (2d) 259, Medhurst J. purported to apply the English principles enunciated in *SMI* in an action for an anti-suit injunction. He stated, at p. 266:

After considering all of the submissions that have been made, it is my view that these applications before me should be decided on the basis of which forum is more suitable for the ends of justice in determining the issues in dispute. This includes a consideration of the tripartite test for obtaining interlocutory injunctions in other proceedings.

Medhurst J. concluded that on the basis of the *forum non conveniens* test the injunction should be granted. He added that the injunction might also be justified on two further grounds: (1) the foreign action is oppressive due to the risks of inconsistent findings and subsequent actions for contribution and indemnity, and (2) the tripartite test for granting interim injunctions which includes consideration of the public interest and private interests of the parties was satisfied.

Kornberg v. Kornberg (1990), 30 R.F.L. (3d) 238 (Man. C.A.) (leave to appeal refused, [1991] 1 S.C.R. x), is a case which applied the *SMI* principles. The majority of the Court of Appeal recognized that the principles applicable to an anti-suit injunction were not the same as those applicable to a stay of domestic proceedings. Philp J.A., writing for the majority, held that an anti-suit injunction should not be granted unless continuing the foreign proceedings would lead to injustice to the

nom de la cour, le juge Jones a dit que la balance des inconvénients penchait en faveur de l'intimé. Il s'est appuyé sur les facteurs suivants: l'action a été intentée selon la *lex loci delicti*, donc devant le tribunal approprié, et la requérante exerçait son activité dans le ressort du tribunal étranger où, vraisemblablement, résidaient certains des témoins. Il a conclu, à la p. 240, que l'action ne pouvait pas être qualifiée de [TRADUCTION] «frivole ou vexatoire».

Dans l'arrêt récent *Allied-Signal Inc. c. Dome Petroleum Ltd.* (1988), 67 Alta. L.R. (2d) 259, de la Cour du banc de la Reine de l'Alberta, l'intention du juge Medhurst était d'appliquer dans une demande d'injonction contre des poursuites les principes du droit anglais énoncés dans l'arrêt *SMI*. Il a dit, à la p. 266:

[TRADUCTION] Après avoir pris en considération tous les arguments avancés, je suis d'avis que les demandes dont je suis saisi devraient être tranchées en fonction de la question de savoir quel est le tribunal qui convient le mieux aux fins de la justice pour régler les questions en litige. Cela suppose l'examen du critère triple qui est applicable aux demandes d'injonction interlocutoire ordinaires.

Le juge Medhurst a conclu qu'il y avait lieu de décerner l'injonction sur la base du critère du *forum non conveniens*. Il a ajouté que l'injonction pouvait peut-être aussi être fondée sur deux autres motifs: (1) l'action à l'étranger est oppressive en raison du risque de divergence de conclusions et, en conséquence, de nouvelles actions en contribution et en indemnité, et (2) on a satisfait au critère triple selon lequel peut être prononcée une injonction provisoire qui comprend la prise en compte de l'intérêt public et des intérêts des parties.

Dans l'arrêt *Kornberg c. Kornberg* (1990), 30 R.F.L. (3d) 238 (C.A. Man.) (autorisation de pourvoi refusée, [1991] 1 R.C.S. x), la Cour d'appel a appliqué les principes énoncés dans l'arrêt *SMI*. À la majorité, elle a reconnu que les principes applicables à une injonction contre les poursuites différaient de ceux régissant la suspension de l'instance devant le tribunal interne. Pour la majorité, le juge Philp a décidé qu'une injonction contre les poursuites ne devrait être décernée que dans le cas

other party or the pursuit of the foreign proceedings was vexatious and oppressive. This decision was in contrast to the Manitoba Court of Appeal decision in *Aikmac Holdings Ltd. v. Loewen*, [1989] 6 W.W.R. 759, which applied the English approach in *Castanho*, *supra*, which was overruled in 1987 by the Privy Council in *SNI*.

No consistent approach appears to emerge from these cases other than recognition of the principle that great caution should be exercised when invoking the power to enjoin foreign litigation.

The Test

In my view, the principles outlined in *SNI* should be the foundation for the test applied in our courts. These principles should be applied having due regard for the Canadian approach to private international law. This approach is exemplified by the judgment of this Court in *Morguard*, *supra*, in which La Forest J. stressed the role of comity and the need to adjust its content in light of the changing world order. I now turn to the formulation of the test in light of the foregoing.

First, it is useful to discuss some preliminary aspects of procedure with respect to anti-suit injunctions. As a general rule, the domestic court should not entertain an application for an injunction if there is no foreign proceeding pending. While *quia timet* injunctions are granted by the courts, that is done only if the applicant establishes that some threatened action by the defendant will constitute an actionable civil wrong. In general, an injunction is a remedy ancillary to a cause of action. See Case Comment by Elizabeth R. Edinger (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 117, at p. 127. In this respect the anti-suit injunction is unique in that the applicant does not have to establish that the assumption of jurisdiction by the foreign court will amount to an actionable wrong. Moreover, although the application is heard summarily and based on affidavit evidence, the order results in a permanent injunction which ordinarily is granted

où la poursuite de l'instance à l'étranger entraînerait une injustice pour l'autre partie ou serait vexatoire ou oppressive. Cette décision contraste avec l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba *Aikmac Holdings Ltd. c. Loewen*, [1989] 6 W.W.R. 759, qui a suivi la démarche anglaise, exprimé dans l'arrêt *Castanho*, précité, que le Conseil privé a renversé en 1987 dans l'arrêt *SNI*.

b Aucune démarche uniforme ne semble se dégager de cette jurisprudence, hormis la reconnaissance du principe qu'il y a lieu de faire preuve de beaucoup de circonspection lorsqu'est invoqué le pouvoir d'interdire les poursuites à l'étranger.

Le critère

À mon avis, le critère appliqué par nos tribunaux doit reposer sur les principes énoncés dans l'arrêt *SNI*. Ces principes devraient être appliqués en tenant compte comme il se doit de l'interprétation canadienne du droit international privé. L'arrêt *Morguard* de notre Cour, précité, représente un cas d'application de cette interprétation; le juge La Forest y a mis en évidence le rôle de la courtoisie et la nécessité d'ajuster le sens de la courtoisie aux changements de l'ordre mondial. Je formulerai maintenant le critère à la lumière de ce qui précède.

Tout d'abord, il est utile d'étudier quelques questions préliminaires de procédure relatives aux injonctions contre les poursuites. En règle générale, le tribunal interne ne doit pas admettre une demande d'injonction si aucune instance n'est pendante à l'étranger. Certes, les tribunaux décernent des injonctions *quia timet*, mais c'est seulement si le requérant établit que le défendeur menace d'accomplir un acte qui constitue un délit civil donnant droit à une action. En général, une injonction est une réparation qui est subordonnée à une cause d'action. Voir Elizabeth R. Edinger, Commentaires d'arrêt (1992), 71 *R. du B. can.* 117, à la p. 127. À cet égard, l'injonction contre les poursuites est exceptionnelle car le requérant n'a pas à établir qu'en se déclarant compétent le tribunal étranger commet un délit donnant droit à une action. En outre, bien que la demande soit instruite sommairement et soit appuyée par une preuve par affidavit,

only after trial. In order to resort to this special remedy consonant with the principles of comity, it is preferable that the decision of the foreign court not be pre-empted until a proceeding has been launched in that court and the applicant for an injunction in the domestic court has sought from the foreign court a stay or other termination of the foreign proceedings and failed.

If the foreign court stays or dismisses the action there, the problem is solved. If not, the domestic court must proceed to entertain the application for an injunction but only if it is alleged to be the most appropriate forum and is potentially an appropriate forum. In any case in which an action has been commenced in the domestic forum, it can be expected that the domestic forum is being put forward as an appropriate forum by the plaintiff. In resisting a stay, the plaintiff will also contend that there is no other forum which is clearly more appropriate and that, therefore, the defendant has not complied with the test which I have outlined above. If no action has been commenced in the domestic forum, it has no juridical basis for entertaining an application for an injunction unless it is contended by the applicant that the action should have been commenced in the domestic forum as the more appropriate place of trial and it is potentially an appropriate forum.

The first step in applying the *SNI* analysis is to determine whether the domestic forum is the natural forum, that is the forum that on the basis of relevant factors has the closest connection with the action and the parties. I would modify this slightly to conform with the test relating to *forum non conveniens*. Under this test the court must determine whether there is another forum that is clearly more appropriate. The result of this change in stay applications is that where there is no one forum that is the most appropriate, the domestic forum wins out by default and refuses a stay, provided it is an appropriate forum. In this step of the analysis, the domestic court as a matter of comity must take cognizance of the fact that the foreign court has

l'ordonnance mène à une injonction permanente qui n'est d'ordinaire décernée qu'après le procès. Afin que cette demande de réparation particulière soit conforme aux principes de la courtoisie, il est préférable que rien ne soit fait pour empêcher le tribunal étranger de rendre une décision tant qu'une action n'aura pas été engagée devant ce tribunal et que la partie qui demande l'injonction devant le tribunal interne n'aura pas demandé au tribunal étranger, sans succès, une suspension d'instance ou une autre forme de clôture.

Si le tribunal étranger suspend ou rejette l'action, le problème est réglé. Sinon, le tribunal interne doit entendre la demande d'injonction, mais seulement si l'on prétend qu'il est le tribunal le plus approprié et s'il peut être un tribunal approprié. Dans toute affaire où une action a été engagée devant le tribunal interne, on peut s'attendre à ce que le demandeur fasse valoir que c'est le tribunal approprié. En s'opposant à la suspension, le demandeur prétendra en outre qu'aucun autre tribunal n'est nettement plus approprié et qu'en conséquence, le défendeur n'a pas satisfait au critère que j'ai exposé plus haut. Si aucune action n'a été intentée devant le tribunal interne, celui-ci ne peut se fonder sur aucun motif juridique pour admettre une demande d'injonction, sauf si le requérant prétend que l'action aurait dû être introduite devant le tribunal interne parce que c'est l'endroit le plus approprié pour juger le litige, et qu'il pourrait être un tribunal approprié.

La première étape de l'analyse énoncée dans l'arrêt *SNI* consiste à décider si le tribunal interne est le ressort logique, c'est-à-dire celui qui a les liens les plus étroits avec l'action et les parties, selon les facteurs de rattachement pertinents. Je modifierais un peu cet énoncé pour l'adapter au critère du *forum non conveniens*. Selon ce critère, le tribunal doit décider si un autre tribunal est nettement plus approprié. Cette modification a pour effet dans les cas de demande de suspension que, lorsque aucun tribunal n'est le plus approprié, le tribunal interne l'emporte ipso facto et refuse la suspension, à la condition d'être un tribunal approprié. À cette étape de l'analyse, le tribunal interne doit, par courtoisie, prendre acte du fait que le tri-

assumed jurisdiction. If, applying the principles relating to *forum non conveniens* outlined above, the foreign court could reasonably have concluded that there was no alternative forum that was clearly more appropriate, the domestic court should respect that decision and the application should be dismissed. When there is a genuine disagreement between the courts of our country and another, the courts of this country should not arrogate to themselves the decision for both jurisdictions. In most cases it will appear from the decision of the foreign court whether it acted on principles similar to those that obtain here, but, if not, then the domestic court must consider whether the result is consistent with those principles.

In a case in which the domestic court concludes that the foreign court assumed jurisdiction on a basis that is inconsistent with principles relating to *forum non conveniens* and that the foreign court's conclusion could not reasonably have been reached had it applied those principles, it must go then to the second step of the *SNI* test. I prefer the initial formulation of that step without reference to the terms "oppressive or vexatious". At p. 522, Lord Goff states:

This presupposes that, as a general rule, the English or Brunei court must conclude that it provides the natural forum for the trial of the action, and further, since the court is concerned with the ends of justice, that account must be taken not only of injustice to the defendant if the plaintiff is allowed to pursue the foreign proceedings, but also of injustice to the plaintiff if he is not allowed to do so. So, as a general rule, the court will not grant an injunction if, by doing so, it will deprive the plaintiff of advantages in the foreign forum of which it would be unjust to deprive him. [Emphasis added.]

That case was decided on the basis of the injustice to *SNI* by reason of the loss of juridical advantages in Brunei but not available to it in Texas. The characterization of this loss as oppressive added nothing to the analysis. This is especially so since neither "oppressive" nor "vexatious" was satisfactorily defined in *SNI* nor, from my reading of the

bunale étranger s'est déclaré compétent. Si, en appliquant les principes relatifs au *forum non conveniens* exposés plus haut, le tribunal étranger avait pu raisonnablement conclure qu'aucun autre tribunal n'était nettement plus approprié, le tribunal interne devrait respecter cette décision et rejeter la demande. En cas de désaccord véritable entre les tribunaux de notre pays et ceux d'un autre, nos tribunaux ne devraient pas s'arroger la décision qui relève des deux juridictions. Dans la plupart des cas, la décision du tribunal étranger nous permet de voir s'il a appliqué des principes semblables à ceux qui ont cours dans notre pays, mais s'il ne l'a pas fait, le tribunal interne doit alors vérifier si la solution du litige est conforme à ces principes.

Si le tribunal interne conclut que le tribunal étranger s'est déclaré compétent pour un motif qui est incompatible avec les principes relatifs au *forum non conveniens* et que le tribunal étranger n'aurait pas pu en arriver raisonnablement à cette conclusion s'il avait appliqué ces principes, il doit alors passer à la seconde étape de l'analyse proposée dans l'arrêt *SNI*. Je préfère la formulation initiale de cette étape sans référence aux termes «oppressif ou vexatoire». À la page 522, lord Goff dit:

[TRADUCTION] Cela présuppose que, en règle générale, le tribunal anglais ou le tribunal du Brunei doit conclure qu'il est le ressort logique pour juger l'action et que, en outre, comme il doit considérer les fins de la justice, il lui faut tenir compte non seulement de l'injustice qui serait commise contre le défendeur si le demandeur est autorisé à poursuivre l'instance à l'étranger, mais encore de l'injustice faite au demandeur s'il n'y était pas autorisé. Alors, en règle générale, le tribunal ne décernera pas d'injonction si, ce faisant, il prive le demandeur d'avantages qui s'offrent à lui devant le tribunal étranger et dont il serait injuste qu'il soit privé. [Je souligne.]

Le jugement dans cette affaire est basé sur l'injustice qui aurait été faite à *SNI*, parce qu'elle aurait perdu des avantages juridiques qui s'offraient au Brunei, mais non au Texas. Qualifier cette perte d'oppressive n'ajoutait rien à l'analyse. D'autant plus que ni le terme «oppressif», ni le terme «vexatoire», n'ont été définis de façon satisfaisante

cases, anywhere else. If flexibility is the desired objective, it is achieved by the use of the term "injustice" which, in addition, is more in keeping with the language of the statutes which provide for injunctive relief. For example, the British Columbia *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 36, authorizes an injunction when "it appears to the court to be just or convenient."

When will it be unjust to deprive the plaintiff in the foreign proceeding of some personal or juridical advantage that is available in that forum? I have already stated that the importance of the loss of advantage cannot be assessed in isolation. The loss of juridical or other advantage must be considered in the context of the other factors. The appropriate inquiry is whether it is unjust to deprive the party seeking to litigate in the foreign jurisdiction of a judicial or other advantage, having regard to the extent that the party and the facts are connected to that forum based on the factors which I have already discussed. A party can have no reasonable expectation of advantages available in a jurisdiction with which the party and the subject matter of the litigation has little or no connection. Any loss of advantage to the foreign plaintiff must be weighed as against the loss of advantage, if any, to the defendant in the foreign jurisdiction if the action is tried there rather than in the domestic forum. I pointed out in my discussion of the test for determining the *forum non conveniens* that loss of juridical advantage is one of the factors and it will have been considered in step one. It will also be considered in the second step to determine whether, apart from its influence on the choice of the most appropriate forum, an injustice would result if the plaintiff is allowed to proceed in the foreign jurisdiction. The loss of a personal or juridical advantage is not necessarily the only potential cause of injustice in this context but it will be, by far, the most frequent. Indeed most of the authorities involve loss of juridical advantage rather than personal advantage. Nonetheless, loss of personal advantage might amount to an injustice if, for example, an individual party is required to litigate in a distant forum with which he or she has no

dans l'arrêt *SNI* ni, à ce que je sache, ailleurs dans la jurisprudence. Si l'objectif visé est la souplesse, on peut l'atteindre en utilisant le terme «injustice», qui présente l'avantage supplémentaire de mieux s'accorder avec le langage des lois qui prévoient des injonctions. Par exemple, l'art. 36 de la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 224, de la Colombie-Britannique, autorise l'injonction si [TRADUCTION] «le tribunal l'estime juste ou com- mode.»

Dans quels cas serait-il injuste de priver la partie qui a introduit une instance devant un tribunal étranger de quelque avantage personnel ou juridique dont elle peut profiter devant ce tribunal? J'ai déjà dit qu'il n'était pas possible d'apprécier l'importance de la perte d'un avantage sans tenir compte du contexte. La perte d'un avantage juridique ou autre doit être évaluée en fonction des autres facteurs. Ce qu'il convient de se demander, c'est s'il est injuste de priver d'un avantage juridique ou autre la partie qui veut poursuivre une instance devant un tribunal étranger, eu égard aux facteurs de rattachement, dont j'ai déjà parlé, entre le litige, les parties et ce tribunal. Une partie ne peut pas raisonnablement s'attendre à profiter d'avantages offerts dans un ressort qui n'a avec elle et l'objet du litige que peu de liens, voire aucun. La perte d'avantages subie par le demandeur à l'étranger doit être mise en balance avec la perte d'avantages, s'il en est, que subirait le défendeur devant le tribunal étranger au cas où l'action serait jugée par celui-ci et non par le tribunal interne. Au cours de mon examen du critère selon lequel doit être déterminé le *forum non conveniens*, j'ai souligné que la perte d'un avantage juridique est l'un des facteurs et que ce facteur est pris en considération à la première étape. Il sera aussi pesé à la seconde étape lorsqu'il faudra déterminer si, mise à part son influence sur le choix du tribunal le plus approprié, une injustice résulterait de l'autorisation donnée au demandeur de poursuivre l'action devant le tribunal étranger. La perte d'un avantage personnel ou juridique n'est pas nécessairement la seule cause possible d'injustice dans ce contexte, mais elle est, de loin, la plus fréquente. En effet, la plus grande partie de la jurisprudence traite de la perte d'un avantage juridique plutôt que

connection. I prefer to leave other possible sources of injustice to be dealt with as they arise.

The result of the application of these principles is that when a foreign court assumes jurisdiction on a basis that generally conforms to our rule of private international law relating to the *forum non conveniens*, that decision will be respected and a Canadian court will not purport to make the decision for the foreign court. The policy of our courts with respect to comity demands no less. If, however, a foreign court assumes jurisdiction on a basis that is inconsistent with our rules of private international law and an injustice results to a litigant or “would-be” litigant in our courts, then the assumption of jurisdiction is inequitable and the party invoking the foreign jurisdiction can be restrained. The foreign court, not having, itself, observed the rules of comity, cannot expect its decision to be respected on the basis of comity.

Application of Principles to this Appeal

I would allow the appeal on the ground that Esson C.J.S.C. (the trial judge) erred in his application of both branches of the rule relating to anti-suit injunctions which I have outlined above. First, with respect to the choice of forum, the first step in the test, having concluded that the Texas court did not apply a *forum non conveniens* test, he failed to consider whether, notwithstanding that fact, the decision was consistent with applicable principles of private international law. Second, although he was of the view that the alleged loss of juridical advantage had little substance, he decided that the Texas proceedings were oppressive. In respect of both branches of the rule he gave undue weight to the absence of a *forum non conveniens* rule in

d'un avantage personnel. Néanmoins, la perte d'un avantage personnel pourrait équivaloir à une injustice si, par exemple, une partie est obligée de faire valoir une demande dans un ressort éloigné avec lequel elle n'a aucun lien. Je préfère que les autres sources possibles d'injustice soient examinées à mesure qu'elles se présenteront.

L'application de ces principes a pour résultat que, si un tribunal étranger se déclare compétent pour un motif qui est généralement conforme à notre règle de droit international privé concernant le *forum non conveniens*, cette décision sera respectée et le tribunal canadien ne prendra pas sur lui de rendre la décision pour le tribunal étranger. C'est le minimum qu'exige la ligne de conduite de nos tribunaux au chapitre de la courtoisie. Toutefois, si un tribunal étranger se déclare compétent pour un motif qui est incompatible avec nos règles de droit international privé et qu'il en résulte une injustice pour une partie existante ou éventuelle devant nos tribunaux, sa décision d'exercer sa compétence est alors contraire à l'équité et il y a lieu d'empêcher le demandeur de poursuivre l'instance à l'étranger. N'ayant pas lui-même observé les règles de la courtoisie, le tribunal étranger ne doit pas s'attendre à ce que sa décision soit respectée au nom de la courtoisie.

Application des principes au présent pourvoi

Je suis d'avis de faire droit au pourvoi parce que le juge en chef Esson de la Cour suprême (le juge de première instance) a commis une erreur dans l'application des deux volets de la règle concernant les injonctions contre les poursuites que j'ai exposée plus haut. Premièrement, quant au choix du tribunal, soit la première étape de l'analyse, après avoir conclu que le tribunal texan n'avait pas appliqué le critère du *forum non conveniens*, il n'a pas examiné la question de savoir si, en dépit de cela, la décision était conforme aux principes du droit international privé applicables. Deuxièmement, bien qu'il ait été d'avis que la perte invoquée d'un avantage juridique semblait sans grand fondement, il a décidé que l'instance devant le tribunal

Texas and to the anti-anti-suit injunction granted by the Texas court.

The trial judge found that Texas was not a “wholly inappropriate forum”. While he held that British Columbia was a more natural forum than Texas, he also held that the United States was a natural forum and that some state other than Texas was a more natural forum but did not specify which state that was. Indeed, he stated that he would have difficulty in concluding that any particular state was the natural forum. All of the asbestos companies had some connection with Texas and some had a substantial connection. The conclusion is reinforced by reason of the position taken by the respondents in the proceedings before the trial judge that they were not contesting the assumption of jurisdiction over them by the Texas courts. This could only be so if the respondents had a connection to Texas. They had no connection to British Columbia. The acts which were the foundation of the claim took place outside of British Columbia and in the United States. The action had been commenced there and had progressed to the point that a trial date had been set. In finding that both British Columbia and the United States were natural fora, the trial judge must have been of the opinion that an action in the appropriate state in the United States could be justified on the basis of *forum non conveniens* principles. The term “natural forum” is by definition the forum that has the closest connection with the parties and the case. The finding that both the United States and British Columbia were natural fora would suggest that one was not clearly more appropriate than the other. It is not clear that any other state in the United States was clearly a more appropriate forum and since the case was presented on the basis that it was a contest between Texas and British Columbia, it was not relevant that some other state in the United States was more appropriate. The selection of Texas by the plaintiffs could be justified on the basis that no other forum was clearly more appropriate. As pointed out by the trial judge, Texas might be the natural forum for some of the asbes-

texan était oppressive. Par rapport aux deux volets de la règle, il a accordé un poids excessif à l’absence d’une règle du *forum non conveniens* au Texas et à la contre-injonction décernée par le tribunal texan.

Le juge de première instance a décidé que le Texas n’était pas un [TRADUCTION] «ressort totalement inapproprié». Il a conclu que la Colombie-Britannique était un ressort plus logique que le Texas, mais il a aussi décidé que les États-Unis étaient un ressort logique et qu’un État autre que le Texas était un ressort plus logique, sans préciser lequel. En fait, il a dit qu’il pouvait difficilement conclure qu’un État en particulier était le ressort logique. Toutes les sociétés d’amiante avaient un lien avec le Texas et, pour certaines, le lien était important. Cette conclusion est renforcée par la position des intimées dans l’action devant le juge de première instance, c’est-à-dire qu’elles ne contestaient pas la décision des tribunaux texans de se déclarer compétents à leur égard. Elles ne pouvaient agir ainsi que si elles avaient un lien avec le Texas. Elles n’avaient aucun lien avec la Colombie-Britannique. Les faits générateurs de la demande se sont produits à l’extérieur de la Colombie-Britannique et aux États-Unis. L’action a été engagée à cet endroit et a franchi plusieurs étapes, une date de procès ayant été fixée. En concluant que la Colombie-Britannique et les États-Unis étaient tous les deux des ressorts logiques, le juge de première instance doit avoir été d’avis qu’une action dans l’État approprié aux États-Unis pouvait être justifiée suivant la règle du *forum non conveniens*. Par définition, le terme «ressort logique» s’entend du ressort qui a les liens les plus étroits avec les parties et le litige. La conclusion que la Colombie-Britannique et les États-Unis étaient tous les deux des ressorts logiques semble indiquer qu’aucun n’était nettement plus approprié que l’autre. Il n’est pas certain qu’il existait un tribunal nettement plus approprié dans un autre État américain et, comme l’affaire a été présentée comme un choix entre le Texas et la Colombie-Britannique, il n’est pas pertinent qu’un autre État ait été plus approprié. Le choix du Texas par les demandeurs pouvait se justifier par le fait qu’aucun autre ressort n’était nettement plus

tos companies but not others but neither side was suggesting that the case be decided on an individual basis. In these circumstances, if some weight is given to the choice of forum by the plaintiff in the absence of related litigation pending elsewhere, the decision of the Texas court could be recognized having due regard for the principles of comity to which I have referred above. It appears from the trial judge's reasons that he might have come to this conclusion "on the basis of the facts and submissions other than those relating to the decisions made in Texas" (emphasis added). These decisions are respectively the decision as to the application of *forum non conveniens* principles in Texas law and the anti-anti-suit injunction. These decisions in his view disentitled the Texas court to the respect that comity customarily affords. On the basis of the test I have outlined above, this would be sufficient to allow the appeal and dismiss the application for an injunction. In the alternative, however, had I come to the conclusion that the application for an injunction satisfied this part of the test, I would have concluded that it failed the second step of the analysis.

With respect to the second step of the test, I am of the view that the respondents failed to establish that continuation of the proceedings would deprive them of a legitimate juridical advantage of which it would be unjust to deprive them by proceeding in Texas. The principal disadvantages to which reference was made were: (1) the inability to claim over against the appellants Workers' Compensation Board and Cassiar, and, (2) the presence of other actions against some of the respondents brought in British Columbia by other claimants. The trial judge found little substance in these complaints. With respect to the inability to claim over against Workers' Compensation Board, it was based not on any legal impediment but on the inability to gather evidence against them if the action proceeded in Texas. As for Cassiar, the trial judge found that the basis for a possible claim over very tenuous. With respect to (2), he discounted the importance of this because, in light of the enor-

approprié. Comme l'a souligné le juge de première instance, le Texas pouvait être le ressort logique pour certaines des sociétés d'amiante, mais non pour les autres, mais ni l'une ni l'autre partie n'a proposé que chaque situation soit réglée séparément. Vu ces circonstances, si l'on accorde un certain poids au choix du tribunal par le demandeur en l'absence de litige connexe pendant dans un autre ressort, la décision du tribunal texan pourrait être reconnue, compte tenu des principes de la courtoisie susmentionnés. Il apparaît, à la lecture des motifs du juge de première instance, qu'il aurait pu tirer cette conclusion [TRADUCTION] «en se basant sur les faits et les arguments autres que ceux relatifs aux décisions rendues au Texas» (je souligne). Il s'agit des décisions relatives à l'application de la règle du *forum non conveniens* au Texas et à la contre-injonction. Ces décisions, d'après lui, ont fait perdre au tribunal texan le bénéfice de la courtoisie qui lui serait revenu en temps normal. Selon le critère que j'ai énoncé plus haut, cela serait suffisant pour accueillir le pourvoi et rejeter la demande d'injonction. Subsidiairement, toutefois, si j'avais conclu que la demande d'injonction répondait à cet aspect du critère, j'aurais conclu qu'elle ne répondait pas à la seconde étape de l'analyse.

Quant à la seconde étape de l'analyse, je suis d'avis que les intimées n'ont pas établi que la poursuite de l'instance au Texas les priverait d'un avantage juridique légitime dont il serait injuste de les priver. Les principaux inconvénients qui ont été cités sont: premièrement, l'absence de recours contre les appelantes la Commission et Cassiar; deuxièmement, l'existence d'autres poursuites engagées en Colombie-Britannique par d'autres demandeurs contre certaines des intimées. Le juge de première instance a estimé que ces plaintes étaient sans grand fondement. En ce qui a trait à l'absence de recours contre la Commission, elle n'était imputable à aucun obstacle juridique, mais à l'impossibilité de réunir des preuves contre cette dernière si l'action était poursuivie au Texas. Pour ce qui est de Cassiar, le juge de première instance a estimé qu'une demande en indemnité reposerait sur un fondement très ténue. Quant au second inconvénient, il n'y a pas attaché d'importance

mous scale of the asbestos litigation, there was nothing unusual about the existence of actions in several jurisdictions. In my opinion the trial judge was right to minimize the gravity of these disadvantages. Moreover, these did not represent a loss of advantages that the respondents could reasonably have expected to have, based on their previous connection to British Columbia. As with the first step of the analysis, the trial judge found that the second step was satisfied not by reason of the loss of juridical or other advantages but because the Texas court, by failing to apply the *forum non conveniens* rule and by issuing the anti-anti-suit injunction, rendered the proceedings in Texas oppressive.

With due respect to the trial judge, the principle of comity to which I have referred does not require that the decision of the foreign court be based on the doctrine of *forum non conveniens*. Many states in the United States and other countries do not apply that principle. Indeed, until comparatively recent times, it was not applied in England. Does this mean that a decision of the courts of one of these countries which, in the result, is consistent with the application of our rules would not be entitled to respect? The response must be in the negative. It is the result of the decision when measured against our principles that is important and not necessarily the reasoning that leads to that decision. Moreover, while the Texas courts do not apply a *forum non conveniens* test as such, they are required to comply with Section 1 of the Fourteenth Amendment to the Constitution of the United States which operates to limit the power of a state to assert *in personam* jurisdiction over a non-resident defendant. See *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 (1877). The due process requirements are satisfied when *in personam* jurisdiction is asserted over a non-resident corporate defendant that has "certain minimum contacts with [the forum] such that the maintenance of the suit does not offend 'traditional notions of fair play and substantial justice'": *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945), at p. 316, quoting *Milliken v. Meyer*, 311 U.S. 457 (1940), at p. 463. Black-

parce que, étant donné l'énormité des réclamations relatives à l'amiante, il n'était pas du tout anormal que des actions soient intentées dans plusieurs ressorts. À mon avis, le juge de première instance a eu raison de minimiser la gravité de ces inconvénients. Par surcroît, ils ne représentaient pas la perte d'avantages que les intimées pouvaient raisonnablement s'attendre à retirer, en raison de leur lien antérieur avec la Colombie-Britannique. Comme dans le cas de la première étape de l'analyse, le juge de première instance a conclu que la seconde étape avait été remplie non pas en raison de la perte d'avantages juridiques ou autres, mais parce que le tribunal texan a rendu les poursuites oppressives en n'appliquant pas la règle du *forum non conveniens* et en décernant la contre-injonction.

Contrairement au juge de première instance, j'estime, avec égards, que le principe de la courtoisie dont j'ai fait mention n'exige pas que la décision du tribunal étranger soit fondée sur la règle du *forum non conveniens*. De nombreux États américains et d'autres pays n'appliquent pas cette règle. De fait, jusqu'à une époque relativement récente, l'Angleterre ne l'appliquait pas. Cela signifie-t-il qu'il n'y aurait pas lieu de respecter la décision d'un tribunal de l'un de ces pays qui a opté pour une solution compatible avec l'application de nos règles? Il faut répondre par la négative. C'est la solution retenue, appréciée en fonction de nos principes, qui importe et pas nécessairement le raisonnement qui y a conduit. Au surplus, si les tribunaux texans n'appliquent pas un critère du *forum non conveniens* en tant que tel, ils sont tenus de se conformer à l'article premier du Quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis, qui a pour effet de limiter le pouvoir d'un État d'exercer sa compétence *in personam* à l'égard d'un défendeur non résident. Voir l'arrêt *Pennoyer c. Neff*, 95 U.S. 714 (1877). Les principes concernant l'application régulière de la loi sont respectés quand la compétence *in personam* est exercée à l'égard d'une personne morale défenderesse non résidente qui a [TRADUCTION] «certains liens minimaux avec [le ressort], à tel point que la poursuite de l'action ne bat pas en brèche les «notions classiques d'impartialité et de justice»»: *International*

mun J., delivering the opinion of the Court, in *Helicopteros Nacionales de Colombia v. Hall*, 466 U.S. 408 (1984), at p. 414, held that “[e]ven when the cause of action does not arise out of or relate to the foreign corporation’s activities in the forum State, due process is not offended by a State’s subjecting the corporation to its *in personam* jurisdiction when there are sufficient contacts between the State and the foreign corporation”. In the instant case, the Texas court assumed jurisdiction on the basis of the fact that some of the respondents are resident in that state and carry on business or some are not resident but carry on business in that state. The finding of sufficient contact with Texas is supported by the evidence and hence, the jurisdiction in Texas was asserted according to the Due Process Clause. This was conceded by the respondent asbestos companies. In my opinion, the application of this provision, which is a constitutional requirement, is consistent with our rule of private international law relating to *forum non conveniens*. The comments of Vaughan Black in his case comment, “The Standard for Issuing Antisuit Injunctions in Canada” (1991), 44 C.P.C. (2d) 30, at pp. 31-32, are apt:

The Texas courts, like all American courts, apply the due process clause of the 14th Amendment of the United States Constitution as a check against overbroad ‘long-arm’ jurisdiction. As interpreted, that constitutional provision will not permit a court to assume jurisdiction over a nonresident defendant unless there are minimum contacts between the defendant and the forum. This limitation on territorial jurisdiction is a significant one. Indeed, there are instances where Canadian courts have refused to employ the doctrine of *forum non conveniens* to stay actions brought before them but where, if an analogous suit were brought before an American court, it would almost certainly have been dismissed as lacking the minimum forum contacts required by the U.S. Constitution (e.g. *Robinson v. Warren* (1982), 31 C.P.C. 305, 55 N.S.R. (2d) 147, 114 A.P.R. 147 (C.A.)). In other words, the Texas courts do have a responsible way to ensure that suits brought before them neither encroach on the sovereignty of for-

Shoe Co. c. Washington, 326 U.S. 310 (1945), à la p. 316, citant l’arrêt *Milliken c. Meyer*, 311 U.S. 457 (1940), à la p. 463. Le juge Blackmun, s’exprimant au nom de la cour dans l’arrêt *Helicopteros Nacionales de Colombia c. Hall*, 466 U.S. 408 (1984) à la p. 414, dit que: [TRADUCTION] «[m]ême si la cause d’action ne découle pas des activités de l’entreprise étrangère dans le ressort du tribunal de l’État et ne s’y rapporte pas, l’État ne déroge pas au principe de l’application régulière de la loi en assujettissant l’entreprise à sa compétence *in personam* s’il existe des liens suffisants entre l’État et l’entreprise étrangère». En l’espèce, le tribunal du Texas s’est déclaré compétent parce que certaines des intimées sont des résidents de cet État et y exercent leur activité ou que certaines ne sont pas des résidents de l’État, mais y exercent leur activité. La conclusion qu’il y a un lien suffisant avec le Texas est corroborée par la preuve et, par conséquent, le tribunal texan a exercé sa compétence en conformité avec la clause relative à l’application régulière de la loi. Les sociétés d’amiante intimées ont concédé ce point. À mon avis, l’application de cette disposition, qui est une exigence constitutionnelle, est compatible avec notre règle de droit international privé relative au *forum non conveniens*. Les observations de Vaughan Black dans son commentaire d’arrêt, «The Standard for Issuing Antisuit Injunctions in Canada» (1991), 44 C.P.C. (2d) 30, aux pp. 31 et 32, sont appropriées:

[TRADUCTION] Les tribunaux texans, comme tous les tribunaux américains, appliquent la clause du Quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis relative à l’application régulière de la loi, comme un moyen de refréner l’élargissement excessif de la compétence. Selon l’interprétation qui a été donnée à cette clause constitutionnelle, le tribunal n’est pas habilité à se déclarer compétent à l’égard d’un défendeur non résident, sauf s’il existe des liens minimaux entre le défendeur et le ressort. Cette restriction à la compétence territoriale est importante. En fait, les tribunaux canadiens ont parfois refusé de recourir à la règle du *forum non conveniens* pour suspendre une action engagée devant eux, dans des cas où, si une action analogue avait été intentée devant un tribunal américain, elle aurait certainement été rejetée à cause de l’absence de lien minimal avec le ressort qu’exige la Constitution américaine (p. ex. arrêt *Robinson c. Warren* (1982), 31 C.P.C. 305, 55 N.S.R. (2d) 147, 114 A.P.R. 147 (C.A.)). Autrement

eign jurisdictions nor subject out-of-state defendants to a forum which has an insufficient connection to the subject matter of the suit, but this is derived not from the common law doctrine of forum non conveniens but rather from the U.S. Constitution. The adjudication of geographically complex cases may require decision makers to be flexible and even imaginative when inquiring into the nature of foreign legal systems.

With respect to the Texas injunction the Texas court was apparently advised that these claimants were not subject to the jurisdiction of the British Columbia court and therefore not bound by the *ex parte* injunction granted by Cowan J. I do not regard this as an attempt to defeat the proceedings in British Columbia and the injunction did not have this effect. It was therefore wrong to visit the conduct of some of the claimants on the entire class so as to enjoin them from proceeding in Texas. In the circumstances, this action on the part of the Texas court was not a demonstration of disrespect for the British Columbia proceedings so as to disentitle the decision of the Texas court to the ordinary respect which comity affords. Moreover, it had little if any relevance to the issue of injustice which is the second step in the *SNI* analysis. The extent of the disadvantage occasioned by being subject to an action in Texas is not affected by the inability to stop some of the plaintiffs from continuing those proceedings. The issue of injustice is resolved on the assumption that the respondents are subject to those proceedings.

I have concluded therefore that the learned trial judge erred in the exercise of his discretion in respect of the matters that I have outlined above. The court of appeal dismissed the appeal essentially for the reason that in their view the trial judge had properly exercised his discretion and that, therefore, the court of appeal was not permitted to interfere. Many of the principles applied by the trial judge were affirmed by Hollinrake J.A.

dit, les tribunaux texans veillent avec sérieux à ce que les poursuites dont ils sont saisis ne portent pas atteinte à la souveraineté des autres pays et n'assujettissent pas des défendeurs qui ne sont pas des résidents de l'État à un tribunal qui n'a pas de lien suffisant avec l'objet du litige, mais pour ce faire, ils n'appliquent pas la règle du forum non conveniens de la common law, mais la Constitution. Les tribunaux qui sont appelés à juger des causes qui portent sur une réalité géographique complexe doivent faire preuve de souplesse, voire d'imagination, dans l'examen des systèmes de droit étrangers.

Quant à l'injonction décernée au Texas, le tribunal texan a apparemment été informé que les demandeurs en cause ne relevaient pas de la juridiction de la cour de la Colombie-Britannique et n'étaient donc pas liés par l'injonction *ex parte* décernée par le juge Cowan. Je ne considère pas cette décision comme une tentative de contrecarrer l'instance introduite en Colombie-Britannique et ce n'est pas l'effet qu'a eu l'injonction. Il était donc injuste de punir tous les demandeurs pour l'acte de certains d'entre eux en leur interdisant de poursuivre l'action au Texas. Vu ces circonstances, cette action ne constitue pas un manque de respect à l'égard des procédures engagées en Colombie-Britannique justifiant que la décision du tribunal du Texas perde le bénéfice de la courtoisie qui lui reviendrait en temps normal. Au surplus, cette décision était peu pertinente, voire non pertinente, par rapport à la question de l'injustice qui forme la seconde étape de l'analyse proposée dans l'arrêt *SNI*. L'ampleur de l'inconvénient subi par la partie contre qui une action est intentée au Texas n'est pas influencée par l'incapacité d'empêcher certains des demandeurs de poursuivre cette action. Pour trancher la question de l'injustice, on présume que les intimées sont assujetties à ces poursuites.

En conséquence, j'ai conclu que le juge de première instance a commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire relativement aux questions que j'ai exposées plus haut. La cour d'appel a rejeté l'appel essentiellement pour la raison que, selon elle, le juge de première instance avait correctement exercé son pouvoir discrétionnaire et que, par conséquent, elle n'était pas habilitée à intervenir. Bon nombre des principes que le juge

with whom McEachern C.J.B.C. and Taggart J.A. agreed. Without intending any disrespect to those reasons, it is not necessary to repeat what I have said with respect to those principles. One matter requires special comment. I do not agree that because an anti-suit injunction does not directly operate on the foreign court but *in personam* on the plaintiff in that court, comity is not involved. The reaction of Wilkey J. in *Laker, supra*, and, indeed of Esson C.J. in this case demonstrate that, whatever the form of restraint, the court whose proceeding is effectively restrained regards it as an interference with its jurisdiction.

Disposition

I would allow the appeal, set aside the orders below and dismiss the application for an injunction. I see no basis for differentiating between T & N and the other respondents. If the action is to proceed in Texas, it is a proper party to the litigation. It would make little sense to require the claimants to pursue a separate action against one company in British Columbia. The appellants are entitled to costs both here and in the courts below.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Ladner, Downs, Vancouver.

Solicitors for the respondents Amchem Products Incorporated and others: Swinton & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent T & N plc: Macaulay & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent The Flintkote Company: Edwards, Kenny & Bray, Vancouver.

de première instance a appliqués ont été confirmés par le juge Hollinrake de la Cour d'appel, aux motifs duquel ont souscrit le juge en chef McEachern et le juge Taggart. Sans vouloir manquer à l'égard qui est dû à leurs motifs, je n'estime pas nécessaire de répéter ce que j'ai dit au sujet de ces principes. Je dois cependant faire des observations sur un point. Je ne crois pas que, parce qu'une injonction contre les poursuites ne vise pas directement le tribunal étranger, mais le demandeur devant ce tribunal *in personam*, la courtoisie n'entre pas en jeu. La réaction du juge Wilkey, dans l'arrêt *Laker*, précité, et en fait, celle du juge en chef Esson en l'espèce montrent que, peu importe la forme de l'interdiction, le tribunal dont l'instance est effectivement empêchée considère cette interdiction comme une immixtion dans sa compétence.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les ordonnances rendues par les juridictions inférieures et de rejeter la demande d'injonction. Je ne vois aucune raison de traiter différemment T & N et les autres intimées. Si l'action est poursuivie au Texas, cette société a été constituée partie dans ce litige à bon droit. Il serait peu logique d'obliger les demandeurs à poursuivre une action distincte contre l'une des sociétés en Colombie-Britannique. Les appelants ont droit aux dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Ladner, Downs, Vancouver.

Procureurs des intimées Amchem Products Incorporated et autres: Swinton & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimée T & N plc: Macaulay & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimée The Flintkote Company: Edwards, Kenny & Bray, Vancouver.

The Attorney General of Canada *Appellant*

Le procureur général du Canada *Appelant*

v.

c.

Public Service Alliance of Canada *Respondent*

^a **Alliance de la Fonction publique du Canada** *Intimée*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA

File No.: 22295.

N^o du greffe: 22295.

1992: November 12; 1993: March 25.

1992: 12 novembre; 1993: 25 mars.

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

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Labour relations — Public Service — Federal government adopting work force adjustment policy — Policy requiring departments to terminate contract services to facilitate redeployment of surplus employees — Federal government department contracting out work to reduce person-years — Board ruling in favour of union's reference alleging that contracting out was contrary to policy and to collective agreement — Whether Board's decision patently unreasonable.

^d *Relations du travail — Fonction publique — Adoption par le gouvernement fédéral de la politique concernant le réaménagement des effectifs — Ministères obligés en vertu de la politique de mettre fin à des marchés de services afin de faciliter la réaffectation des employés excédentaires — Ministère fédéral ayant accordé des marchés de services pour diminuer ses années-personnes — Décision de la Commission rendue en faveur du renvoi du syndicat qui soutenait que l'impartition des services allait à l'encontre de la politique et de la convention collective — La décision de la Commission est-elle manifestement déraisonnable.*

Administrative law — Judicial review — Jurisdiction — Public Service Staff Relations Board — Standard of review — Whether Board had jurisdiction to determine reference submitted by union — Whether Board's decision regarding its jurisdiction must be correct, or whether patently unreasonable standard applies.

^e *Droit administratif — Contrôle judiciaire — Compétence — Commission des relations de travail dans la fonction publique — Norme de contrôle — La Commission avait-elle compétence pour entendre le renvoi dont l'a saisie le syndicat? — La décision de la Commission concernant sa compétence doit-elle être juste ou la norme relative aux décisions manifestement déraisonnable s'applique-t-elle?*

In April 1985 the federal government approved a Work Force Adjustment Policy, which was subsequently incorporated as part of the master collective agreement between Treasury Board and the respondent PSAC. The Policy was designed to minimize the impact of a lack of work or the discontinuance of government functions on indeterminate employees, and requires departments to review their use of contracted services and to "terminate them where such action would facilitate the redeployment of affected employees, surplus employees or laid-off persons". In May 1985 the Minister of Finance called for the reduction of 15,000 person-years from the

^h En avril 1985, le gouvernement fédéral a donné son approbation à une Politique concernant le réaménagement des effectifs, qui a par la suite été incorporée dans la convention cadre conclue par le Conseil du Trésor et l'intimée l'AFPC. La politique visait à réduire au minimum les effets d'un manque de travail ou d'une suppression de certaines fonctions assurées par l'État sur les employés nommés pour une période indéterminée et précise que les ministères doivent revoir la façon dont ils utilisent les marchés de services et «y mettre fin si cela est de nature à faciliter la réaffectation des employés touchés, des employés excédentaires et des

public service over a five-year period. In order to reduce person-years the Department of National Revenue, Customs and Excise, contracted out the work performed by 270 data processors. PSAC filed a reference pursuant to what is now s. 99 of the *Public Service Staff Relations Act (PSSRA)* alleging that this contracting out was contrary to the Policy and thus to the master collective agreement between the parties. Section 99 allows an employer or bargaining agent to refer a matter to the Public Service Staff Relations Board where the obligation at issue is not one which could be enforced through an employee grievance. The Board found that it had jurisdiction to hear the reference and ruled in PSAC's favour. The Federal Court of Appeal upheld that decision. This appeal is to determine whether the Board had jurisdiction to determine the reference submitted to it, and, if so, whether it made a patently unreasonable decision in finding that the appellant contravened its collective agreement with PSAC in contracting out data-capture activities.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory and Iacobucci JJ.: When an administrative tribunal is acting within its jurisdiction, it will lose jurisdiction only if it acts in a patently unreasonable manner. If the question at issue concerns a legislative provision limiting the tribunal's powers, however, a mere error will cause it to lose jurisdiction. When considering whether a tribunal has made a simple error on the issue of its own jurisdiction, the court should adopt the pragmatic and functional approach articulated in *Bibeault*.

The decisions of the Board made within its jurisdiction should be treated with deference by the courts. They are protected by a broadly worded privative clause, which was included by Parliament explicitly to ensure that the Board's decisions should be final and conclusive and that courts should not have the power to interfere with them at will. As well, the Board is composed of experts in the field of labour-management relations. Based on the dictionary definition of the words "patently unreasonable", it is apparent that if the decision the Board reached, acting within its jurisdiction, is

personnes mises en disponibilité». En mai 1985, le ministre des Finances a prévu la suppression de 15 000 années-personnes dans la fonction publique sur une période de cinq ans. Afin de réduire le nombre de ses années-personnes, le ministère du Revenu national, Douanes et Accise, a confié à des entrepreneurs de l'extérieur le travail de 270 préposés au traitement des données. L'AFPC a déposé un renvoi en vertu de la disposition qui est devenue l'art. 99 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (la «LRTFP»), en soutenant que cette impartition allait à l'encontre de la politique et violait en conséquence la convention cadre intervenue entre les parties. L'article 99 autorise un employeur ou un agent négociateur à renvoyer une affaire à la Commission des relations de travail dans la fonction publique lorsque l'obligation en question n'est pas une dont l'exécution peut faire l'objet d'un grief de la part d'un fonctionnaire. La Commission a conclu qu'elle avait compétence relativement au renvoi et s'est prononcée en faveur de l'AFPC. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision. Il s'agit en l'espèce de déterminer si la Commission avait compétence pour statuer sur le renvoi dont elle a été saisie et, dans l'affirmative, si elle a rendu une décision manifestement déraisonnable lorsqu'elle a statué que l'appelant a violé sa convention collective avec l'AFPC en confiant à des entrepreneurs de l'extérieur le travail de saisie de données.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory et Iacobucci: Quand il n'outrepasse pas sa compétence, un tribunal administratif perdra sa compétence seulement s'il agit d'une manière manifestement déraisonnable. Toutefois, si la question en cause porte sur une disposition législative qui limite les pouvoirs du tribunal, une simple erreur lui fera perdre compétence. Une cour de justice, en examinant si une commission a commis une simple erreur relativement à la question de sa propre compétence, devrait adopter l'analyse pragmatique et fonctionnelle exposée dans l'arrêt *Bibeault*.

Les cours de justice devraient faire preuve de retenue à l'égard des décisions rendues par la Commission dans les limites de sa compétence. Ces décisions bénéficient de la protection d'une clause privative de large portée, que le législateur a expressément inclus dans le but de s'assurer que les décisions de la Commission soient définitives et sans appel et que les cours de justice n'aient pas le pouvoir de les modifier à volonté. En outre, la Commission est composée d'experts en matière de relations du travail. Eu égard aux définitions du dictionnaire des mots «manifeste» et «déraisonnable», il

not clearly irrational, that is, evidently not in accordance with reason, then it cannot be said that there was a loss of jurisdiction.

The Board's decision that it had jurisdiction to entertain PSAC's reference under s. 99 *PSSRA* was correct. The functional approach to be used by courts when reviewing the decisions of administrative tribunals relating to their jurisdiction requires that consideration be given to who the intended beneficiaries of the obligation contained in the Policy are. A determination must also be made regarding the function of the Board in light of its empowering legislation. The obligation not to "privatize" or "contract out" in violation of the Policy is an obligation affecting the entire bargaining unit rather than any individual employee. The dispute between PSAC and the employer arose from the contracting out of the work done by the bargaining unit as an entity, and was concerned with the obligations owed under the Policy to the bargaining unit as a whole. A grievance of this kind could not be sustained by any individual employee. The provisions of the Board's empowering legislation clearly indicated that it would have jurisdiction to consider whether the reference was properly brought before it.

The Board's interpretation of the Policy was not patently unreasonable. The intent of the Policy is that indeterminate employees can rely on the termination of contracting out in order to protect their jobs. While contracting out is not prohibited, the employer had an obligation under the Policy to review and when possible terminate contracting-out arrangements in order to ensure the continued employment of indeterminate employees within the public service. Rather than attempting to safeguard jobs of indeterminate employees, the employer set out to reduce the number of such employees by contracting out the identical tasks which they were employed to do, contrary to the obligation set out in the Policy. The Board's finding that the employer failed to carry out this obligation cannot be characterized as patently unreasonable, and the Court should not interfere in it.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: Cory J.'s conclusion that the Board did not make a patently unreasonable decision in finding that the appel-

l'arrêt que si la décision qu'a rendue la Commission, agissant dans le cadre de sa compétence, n'est pas clairement irrationnelle, c'est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison, on ne saurait prétendre qu'il y a eu une perte de compétence.

La Commission a tranché correctement lorsqu'elle a décidé qu'elle avait compétence relativement à la question qui lui a été renvoyée en vertu de l'art. 99 *LRTFP*. L'analyse fonctionnelle que les cours de justice doivent utiliser lorsqu'elles révisent les décisions rendues par des tribunaux administratifs sur des questions relatives à leur compétence exige que l'on prenne en considération les personnes qui sont censées bénéficier de l'obligation énoncée dans la politique. Il faut en outre décider en quoi consiste la fonction de la Commission aux termes de sa loi habilitante. L'obligation de ne pas violer la politique en recourant à la «privatisation» ou à l'«impartition» touche l'ensemble de l'unité de négociation plutôt qu'un employé en particulier. Le différend mettant aux prises l'AFPC et l'employeur tire son origine de l'impartition du travail effectué collectivement par l'unité de négociation et il portait sur les obligations envers l'unité de négociation dans son ensemble énoncées dans la politique. Il s'agit donc d'un grief qu'un employé ne pouvait présenter individuellement. Les dispositions de sa loi habilitante indiquent clairement que la Commission avait compétence pour déterminer si les questions lui ont été renvoyées à bon droit.

La Commission n'a pas donné à la politique une interprétation manifestement déraisonnable. La politique vise à faire en sorte que les employés nommés pour une période indéterminée puissent compter sur la cessation de l'impartition pour que leurs emplois soient protégés. Le recours à des marchés de services n'est pas interdit, mais la politique obligeait l'employeur à réexaminer la sous-traitance et, lorsque c'était possible, à y mettre fin afin de préserver les emplois des fonctionnaires nommés pour une période indéterminée au sein de la fonction publique. Plutôt que de tenter de préserver les emplois d'employés nommés pour une période indéterminée, l'employeur s'est mis en devoir de réduire le nombre de ces employés en confiant à un entrepreneur de l'extérieur des tâches identiques à celles de ces derniers et ce, en contravention de l'obligation énoncée dans la politique. La conclusion de la Commission que l'employeur a manqué à cette obligation ne peut pas être qualifiée de manifestement déraisonnable, et notre Cour ne devrait pas la modifier.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: La conclusion du juge Cory que la Commission n'a pas rendu une décision manifestement déraison-

lant contravened the terms of its collective agreement with PSAC was agreed with. However, the standard of review for the Board's decision as to whether or not a matter is properly brought under s. 99 PSSRA is not one of correctness. This is a question within the Board's jurisdiction to which the patently unreasonable standard will apply. Since the section itself does not provide a definitive answer as to whether the legislator intended the question to be within the tribunal's jurisdiction, the Court must consider the other factors that inform the pragmatic and functional approach articulated in *Bibeault*. The Board's empowering legislation gives it broad and extensive powers, and by according the Board's decisions the protection of a broadly worded privative clause, Parliament made express its intention that these decisions be accorded a great deal of deference. The expertise of the Board and its members also supports the proposition that the grant of jurisdiction in s. 99 was intended to be broad rather than narrow. Further, the question to be answered is one which lies at the centre of the Board's specialized expertise. The question being within jurisdiction, the Board was not patently unreasonable in concluding that the obligation was the type which could properly form the basis of a s. 99 reference, and the Court should therefore defer to its decision.

Cases Cited

By Cory J.

Distinguished: *Mudarth v. Canada (Minister of Public Works)*, [1989] 3 F.C. 371 (T.D.), aff'd (1990), 113 N.R. 159 (F.C.A.); *Gonthier v. Canada* (1986), 77 N.R. 386; *Flieger v. New Brunswick* (1991), 125 N.B.R. (2d) 228, leave to appeal granted [1992] 2 S.C.R. vi; **referred to:** *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and*

nable en concluant que l'appelant a contrevenu aux termes de la convention collective intervenue avec l'AFPC est acceptée. Toutefois, la norme de contrôle relative à la décision de la Commission quant à savoir si la question lui a été renvoyée à bon droit en vertu de l'art. 99 *LRTFP* n'est pas qu'elle ne doit pas avoir fait d'erreur. Il s'agit d'une question qui relève de sa compétence, de sorte que s'applique la norme du caractère manifestement déraisonnable. Comme l'article en soi ne permet pas de répondre définitivement à la question de savoir si le législateur a voulu qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal, la Cour doit considérer les autres éléments que comporte l'approche pragmatique et fonctionnelle énoncée dans l'arrêt *Bibeault*. La loi habilitante de la Commission lui attribue des pouvoirs vastes et étendus et, en accordant à ses décisions la protection d'une clause privative extensive, le législateur a expressément manifesté son intention que les tribunaux fassent preuve d'une grande retenue à l'égard de ces décisions. L'expertise de la Commission et de ses membres vient étayer également la proposition selon laquelle l'attribution de compétence à l'art. 99 se voulait large plutôt que plus restreinte. En outre, il s'agit d'une question qui est au cœur de la spécialité de la Commission. Comme la question relève de sa compétence, la Commission n'a pas agi de façon manifestement déraisonnable en concluant qu'il s'agit d'une obligation qui pourrait à bon droit faire l'objet d'un renvoi fondé sur l'art. 99, et la Cour devrait faire preuve de retenue envers sa décision.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Distinction d'avec les arrêts: *Mudarth c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1989] 3 C.F. 371 (1^{re} inst.), conf. par (1990), 113 N.R. 159 (C.A.F.); *Gonthier c. Canada* (1986), 77 N.R. 386; *Flieger c. Nouveau-Brunswick* (1991), 125 R.N.-B. (2^e) 228, autorisation de pourvoi accordée [1992] 2 R.C.S. vi; **arrêts mentionnés:** *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425; *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; *Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Nunavut*,

Telecommunications Commission), [1989] 1 S.C.R. 1722; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *The Queen v. Lavoie*, [1978] 1 F.C. 778; *Gloin v. Attorney General of Canada*, [1978] 2 F.C. 307; *Canadian Air Traffic Control Association v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 84; *Transport Guilbault Inc. v. Scott*, F.C.A., No. A-618-85, May 21, 1986.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048.

Statutes and Regulations Cited

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 29.
Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 12, 21, 22, 92, 99, 101.

Authors Cited

Shorter Oxford English Dictionary. Oxford: Oxford University Press, 1973, "patently", "unreasonable".

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1991] 1 F.C. 428, 124 N.R. 379, affirming a declaration of the Public Service Staff Relations Board on a reference. Appeal dismissed.

Eric A. Bowie, Q.C., and *Harvey A. Newman*, for the appellant.

Andrew J. Raven, for the respondent.

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

[1991] 1 R.C.S. 614; *Bell Canada c. Canada (Conseil canadien de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *La Reine c. Lavoie*, [1978] 1 C.F. 778; *Gloin c. Procureur général du Canada*, [1978] 2 C.F. 307; *Association canadienne du contrôle du trafic aérien c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 84; *Transport Guilbault Inc. c. Scott*, C.A.F., n° A-618-85, 21 mai 1986.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048.

Lois et règlement cités

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 29.
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 12, 21, 22, 92, 99, 101.

Doctrine citée

Grand Larousse encyclopédique. Paris: Librairie Larousse, 1972, «déraisonnable», «manifeste».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1991] 1 C.F. 428, 124 N.R. 379, qui a confirmé une déclaration de la Commission des relations de travail dans la fonction publique faite relativement à un renvoi. Pourvoi rejeté.

Eric A. Bowie, c.r., et *Harvey A. Newman*, pour l'appellant.

Andrew J. Raven, pour l'intimée.

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

CORY J.—Two issues must be resolved on this appeal. First, it must be determined whether the Public Service Staff Relations Board (the “Board”) had jurisdiction to determine the reference submitted to it by the respondent. Secondly, if it did have jurisdiction it must be considered whether the Board made a patently unreasonable decision in finding that the appellant contravened the terms of its collective agreement with the respondent in contracting out data capture activities which until then had been performed by the bargaining unit.

Factual Background

On April 18, 1985, the Government of Canada approved a Work Force Adjustment Policy agreed upon by the National Joint Council of the Public Service. The Work Force Adjustment Policy was a comprehensive program designed to facilitate the redeployment and if necessary the re-training of indeterminate employees whose employment status was affected by a lack of work or the discontinuance of government functions. The Policy was subsequently incorporated as a part of the collective bargaining agreement of the respondent. Its terms, therefore, assumed a particular importance and must be set out in some detail.

The Adjustment Policy provides that work force adjustment situations may occur in the Public Service for a variety of reasons, and that as a direct result of such work force adjustment situations, departmental management may decide that the services of one or more indeterminate employees will no longer be required beyond a specific date. The aim of the Adjustment Policy is to minimize the effect of work force adjustment situations on indeterminate employees. Section 1.3 reads:

The purpose of this policy is to minimize the impact of WORK FORCE ADJUSTMENT situations on indeterminate employees and to ensure that, wherever possible, alternate employment opportunities are provided TO AFFECTED EMPLOYEES.

LE JUGE CORY—Deux questions sont à trancher dans le présent pourvoi. Il s’agit de déterminer en premier lieu, si la Commission des relations de travail dans la fonction publique (la «Commission») avait compétence pour statuer sur le renvoi dont l’a saisie l’intimée et, en second lieu, à supposer qu’elle ait eu cette compétence, si elle a rendu une décision manifestement déraisonnable lorsqu’elle a statué que l’appelant a violé sa convention collective avec l’intimée en confiant à des entrepreneurs de l’extérieur le travail de saisie de données jusque-là accompli par les membres de l’unité de négociation.

Les faits

Le 18 avril 1985, le gouvernement du Canada a donné son approbation à la Politique concernant le réaménagement des effectifs, qu’a acceptée le Conseil national mixte de la fonction publique. Cette politique énonçait un programme complet destiné à faciliter la réaffectation et, au besoin, le recyclage des employés nommés pour une période indéterminée touchés par le manque de travail ou par la suppression de certaines fonctions assurées par l’État. La politique a par la suite été incorporée dans la convention collective conclue avec l’intimée. Le texte de la politique revêt donc une importance particulière, d’où la nécessité d’en faire un exposé plutôt détaillé.

D’après la politique, des cas de réaménagement des effectifs peuvent survenir dans la fonction publique pour différentes raisons et, comme conséquence directe d’une telle situation, la direction d’un ministère peut juger que les services d’un ou de plusieurs employés nommés pour une période indéterminée ne seront plus requis après une certaine date. La politique vise à réduire au minimum les effets d’un réaménagement des effectifs sur les employés nommés pour une période indéterminée. L’article 1.3 de la politique est ainsi conçu:

La présente politique a pour but de réduire au minimum les répercussions d’un RÉAMÉNAGEMENT DES EFFECTIFS sur les employés nommés pour une période indéterminée et de faire en sorte que, dans la mesure du possible, d’autres possibilités d’emploi soient offertes aux EMPLOYÉS TOUCHÉS.

Section 1.8 of the policy states that “[t]he administration of this policy involves the Treasury Board Secretariat (TBS), the Public Service Commission (PSC), departments and agencies, bargaining agents, and employees”. It also provides that:

Public Service employees who are affected by WORK FORCE ADJUSTMENTS are not themselves responsible for such situations. Accordingly, it is the responsibility of management to ensure that AFFECTED EMPLOYEES are treated equitably and are given every reasonable opportunity to continue their careers as Public Service employees.

The terms “affected employees” and “work force adjustment” are defined as follows:

AFFECTED EMPLOYEES: Indeterminate employees whose services will no longer be required because of WORK FORCE ADJUSTMENT situations.

WORK FORCE ADJUSTMENT: A situation which occurs when a deputy head or DÉLEGATED OFFICER decides that the services of one or more indeterminate employees will no longer be required beyond a specified date because of lack of work or because of the discontinuance of a function. A major WORK FORCE ADJUSTMENT situation is one in which ten or more indeterminate employees in a department, in one or more locations, are affected at the same time.

The basic intent of the policy is set out in s. 3 in these words:

... indeterminate employees whose services will no longer be required because of lack of work or the discontinuance of a function and who are suitable for appointment, shall, as far as is practicable, be redeployed to positions in the Public Service

The obligation is described as “Roles and Responsibilities” of Departments, and the requirements for Human Resource Planning are set out in ss. 5 and 6 of the Policy in these terms:

5.1 Departments shall:

. . . .

Suivant l'article 1.8, «[l]'exécution de cette politique implique le Secrétariat du Conseil du Trésor (SCT), la Commission de la Fonction publique (CFP), les ministères et organismes, les agents négociateurs et les employés». Il porte en outre:

Les fonctionnaires touchés par un RÉAMÉNAGEMENT DES EFFECTIFS ne sont pas eux-mêmes responsables de cette situation. En conséquence, il incombe à la direction de s'assurer que les EMPLOYÉS TOUCHÉS sont traités de façon équitable et qu'on leur offre une possibilité raisonnable de poursuivre leur carrière dans la Fonction publique.

Les termes «employés touchés» et «réaménagement des effectifs» sont ainsi définis:

EMPLOYÉS TOUCHÉS: Les employés nommés pour une période indéterminée dont les services ne seront plus requis en raison d'un RÉAMÉNAGEMENT DES EFFECTIFS.

RÉAMÉNAGEMENT DES EFFECTIFS: Cette situation se produit lorsqu'un sous-chef ou son AGENT DÉLÉGUÉ décide que les services d'un ou de plusieurs employés nommés pour une période indéterminée ne seront plus requis au delà d'une certaine date en raison d'un manque de travail ou de la suppression d'une fonction. Un RÉAMÉNAGEMENT DES EFFECTIFS est considéré comme important lorsqu'au moins dix employés nommés pour une période indéterminée dans un ministère, dans un ou plusieurs lieux de travail, sont touchés au même moment.

L'objet fondamental de la politique, énoncé à l'art. 3, consiste à:

... réaffecter, dans la mesure du possible, à un poste vacant de la Fonction publique, les employés nommés pour une période indéterminée dont les services ne sont plus requis en raison d'un manque de travail ou de la suppression d'une fonction.

L'obligation incombant aux ministères est exposée sous la rubrique «Rôles et responsabilités» et les exigences en matière de planification des ressources humaines sont énoncées aux art. 5 et 6 de la politique:

j 5.1 Les ministères doivent:

. . . .

5.1.2 review their use of employees appointed for specified periods (term employees) and their use of contracted services and should terminate them where such action would facilitate the REDEPLOYMENT OF AFFECTED EMPLOYEES, SURPLUS EMPLOYEES, OR LAID-OFF PERSONS;

5.1.2 revoir la façon dont ils utilisent les services des employés nommés pour une période déterminée et les marchés de services, et y mettre fin si cela est de nature à faciliter la RÉAFFECTATION des EMPLOYÉS TOUCHÉS, des EMPLOYÉS EXCÉDENTAIRES et des PERSONNES MISES EN DISPONIBILITÉ;

6. HUMAN RESOURCE PLANNING

6. PLANIFICATION DES RESSOURCES HUMAINES

6.2 Factors to consider in developing a human resource plan include, but are not restricted to, the following:

6.2 Voici quelques-uns des facteurs dont il faut tenir compte au moment d'établir un plan d'utilisation des ressources humaines:

(d) placement possibilities through the termination of specified period appointments and/or contracts for services;

d) les possibilités de placement qui résulteraient de la fin des nominations pour une période déterminée et (ou) des marchés de services;

The Work Force Adjustment Policy was incorporated into a Master Agreement between the Treasury Board and the respondent, which was to come to an end on June 30, 1988. The Master Agreement formed part of the collective agreement governing the data processors employed by the Department of National Revenue, Customs and Excise.

La Politique concernant le réaménagement des effectifs a été incorporée dans une convention cadre conclue par le Conseil du Trésor et l'intimée, laquelle devait venir à expiration le 30 juin 1988. La convention cadre faisait partie de la convention collective des préposés au traitement des données du ministère du Revenu national, Douanes et Accise.

In May 1985, the Minister of Finance called for the reduction of 15,000 person-years from the Public Service over a five-year period. The Department of National Revenue, Customs and Excise, in order to reduce person-years, contracted out the work performed by 270 data processors employed in various locations throughout Canada.

En mai 1985, le ministre des Finances a prévu la suppression de 15 000 années-personnes dans la fonction publique sur une période de cinq ans. Afin de réduire le nombre de ses années-personnes, le ministère du Revenu national, Douanes et Accise, a confié à des entrepreneurs de l'extérieur le travail de 270 préposés au traitement des données, travaillant à divers endroits au Canada.

The respondent PSAC filed a "reference" pursuant to what is now s. 99 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35 ("PSSRA"). It alleged that the contracting out of data capture services was contrary to ss. 5.1.2 and 6.2(d) of the Work Force Adjustment Policy and accordingly was contrary to art. M-37.03(28) of the Master Collective Agreement between the parties. In essence, the respondent's position was that the

L'AFPC intimée a déposé un «renvoi» en vertu de la disposition qui est devenue l'art. 99 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35 (la «LRTFP»). Elle soutenait que l'impartition des services de saisie des données allait à l'encontre de l'art. 5.1.2 et de l'al. 6.2d) de la Politique concernant le réaménagement des effectifs et violait en conséquence le par. M-37.03(28) de la convention cadre interve-

Department was prohibited from contracting out services if that resulted in an outcome that contravened the Work Force Adjustment Policy that was part of the Collective Agreement.

The appellant raised a preliminary objection to that reference and argued that the Public Service Staff Relations Board had no jurisdiction in the matter. In a preliminary decision dated June 23, 1989, the Board concluded it had jurisdiction to hear the reference and dismissed the objection. In its final decision, dated March 13, 1990, the Board ruled in favour of the respondent. Pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as amended, the appellant brought an appeal from this decision to the Federal Court of Appeal. That appeal was dismissed: [1991] 1 F.C. 428, 124 N.R. 379.

Decisions Below

Public Service Staff Relations Board

The Board found that it had jurisdiction to deal with the reference. It determined that there were two procedures for hearing a matter respecting the interpretation of collective agreements. The first was described in what is now s. 92 *PSSRA*, which applied to individual grievances of employees. The second grievance procedure was outlined in s. 99 and it dealt with the hearing of what could be called policy grievances. The Board concluded that the problem presented on the reference was of a general nature dealing with matters of policy and as a result that the grievance belonged to the bargaining agent and not to individual employees. The obligation of the employer which the respondent sought to enforce was owed not to an individual employee but rather to the employees as a whole. Thus an employee could not have asked for the enforcement of the employer's obligation to "review the use of contracted services".

nue entre les parties. L'intimée a fait valoir en somme que le ministère ne pouvait confier le travail à des entrepreneurs de l'extérieur s'il en résultait une violation de la Politique concernant le réaménagement des effectifs, qui faisait partie de la convention collective.

L'appelant a opposé une exception préliminaire au renvoi, prétendant que la Commission des relations de travail dans la fonction publique n'avait pas compétence en la matière. Dans une décision préliminaire en date du 23 juin 1989, la Commission s'est déclarée compétente pour connaître du renvoi et a rejeté l'exception. Dans sa décision définitive datée du 13 mars 1990, la Commission s'est prononcée en faveur de l'intimée. L'appelant a porté cette décision en appel devant la Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, modifiée, mais a été débouté: [1991] 1 C.F. 428, 124 N.R. 379.

Les juridictions inférieures

La Commission des relations de travail dans la fonction publique

La Commission a conclu qu'elle avait compétence relativement au renvoi. Il existait, selon elle, deux procédures pour l'audition d'une question concernant l'interprétation d'une convention collective. La première est énoncée dans ce qui est maintenant l'art. 92 *LRTFP*, qui vise les griefs individuels des employés. La seconde, prévue à l'art. 99, s'applique à l'audition de ce qu'on pourrait qualifier de griefs de principe. La Commission a conclu que le problème faisant l'objet du renvoi présentait un caractère général et portait sur des questions de principe, de sorte que c'était à l'agent négociateur et non pas à chaque employé qu'il appartenait de faire le grief. L'obligation de l'employeur que l'intimée cherchait à faire exécuter n'était pas une obligation envers un employé en particulier mais bien envers l'ensemble des employés. Il s'ensuivait donc qu'un employé n'aurait pas pu demander l'exécution de l'obligation incombant à l'employeur «de revoir la façon dont il utilise les [marchés de] services».

On the substantive issue, the Board found that the purpose of the Policy was to protect indeterminate employees from the consequences of major changes to the structure of the federal Public Service. The Board found that the data capture initiative which brought in contract employees was contrary to the collective agreement. It expressed the view that, under the Policy, the employer had an obligation to review and when possible terminate contracting out arrangements in order to ensure the continued employment of indeterminate employees within the Public Service. This it failed to do.

Federal Court of Appeal, [1991] 1 F.C. 428

On the issue of jurisdiction, Mahoney J.A., for the majority, held that although the Board improperly used the expression "policy grievance", it had properly decided that it had jurisdiction to deal with the issue raised in the reference. That grievance went beyond the obligation owed to any individual employee and essentially dealt with the "very existence" of the bargaining unit.

The majority also found that the Board's conclusion on the substantive issue was supported by the evidence. Mahoney J.A. agreed that the employer had acted in a manner that was contrary to both the letter and spirit of the Work Force Adjustment Policy. He noted that the purpose was to facilitate redeployment of affected, surplus or laid-off personnel. To this end, the Policy contemplated that the employer would review and terminate its use of contracted services when it would affect indeterminate employees. The Policy did not authorize the creation of affected, surplus or laid-off employees by means of contracting out the very same jobs that they were performing.

Sur la question de fond, la Commission est arrivée à la conclusion que la politique avait pour but de protéger les employés nommés pour une période indéterminée contre les conséquences de changements importants apportés à la structure de la fonction publique fédérale. D'après la Commission, le recours à des employés contractuels pour le travail de saisie de données violait la convention collective. À son avis, la politique obligeait l'employeur à réexaminer l'impartition et, lorsque c'était possible, à y mettre fin afin de préserver les emplois des fonctionnaires nommés pour une période indéterminée au sein de la fonction publique. L'employeur a manqué à cette obligation.

La Cour d'appel fédérale, [1991] 1 C.F. 428

En ce qui concerne la question de la compétence, le juge Mahoney, au nom des juges majoritaires, a dit que la Commission a employé à mauvais escient l'expression «grief de principe», mais que c'est avec raison qu'elle s'est jugée compétente à l'égard de la question posée dans le cadre du renvoi. Il s'agissait en fait d'un grief qui allait plus loin que l'obligation envers chaque employé pris individuellement et qui concernait essentiellement l'«existence même» de l'unité de négociation.

Les majoritaires ont décidé en outre que la conclusion de la Commission sur la question de fond était appuyée par la preuve. Le juge Mahoney a convenu que l'employeur s'était conduit d'une manière qui violait à la fois la lettre et l'esprit de la Politique concernant le réaménagement des effectifs, dont le but, a-t-il fait remarquer, consistait à faciliter la réaffectation d'employés touchés, excédentaires ou mis en disponibilité. C'est pourquoi la politique prévoyait que l'employeur réexaminerait son utilisation des marchés de services et y mettrait fin si elle portait préjudice aux employés nommés pour une période indéterminée. La politique n'autorisait pas que des employés soient touchés, ou deviennent excédentaires ou mis en disponibilité par l'impartition du travail même qu'ils accomplissaient.

In his minority reasons, Pratte J.A. dealt only with the issue of jurisdiction. He came to the conclusion that the Board did not have jurisdiction to determine the matter raised in the reference. In his view, s. 5.1 of the Work Force Adjustment Policy indicated that the employer's "obligation not to contract out services so as to cause prejudice to indeterminate employees . . . was clearly incurred for the sole benefit of those employees" (pp. 435-36). Therefore, the question referred to the Board on the reference could not come under s. 99(1) PSSRA because it related to an obligation the enforcement of which might be the subject of grievances by the individual employees concerned.

Applicable Legislation

The Board is created by virtue of the PSSRA. Sections 11 through 27 set out the constitution, powers and duties of the Board. The members of the Board are appointed by the Governor in Council with security of tenure subject only to good behaviour (s. 12). The appointments to the Board are made from lists of applicants supplied by both the employer and the bargaining agent to the Chairman. Thus the statute has gone far to assure the independence and expertise of Board members and ensure that the parties to its decisions will have confidence in them.

The decisions of the Board are protected by a broadly worded privative clause. Section 101 PSSRA states:

101. (1) Except as provided in this Act, every order, award, direction, decision, declaration or ruling of the Board, an arbitrator appointed under section 63, or an adjudicator is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

(2) No order shall be made or process entered, or proceedings taken in any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the Board, an arbitrator appointed under section 63 or an adjudicator in any of the proceedings of the Board, arbitrator or adjudicator.

Dans ses motifs de dissidence, le juge Pratte, se bornant à la question de la compétence, a conclu à l'incompétence de la Commission pour décider de la question faisant l'objet du renvoi. Selon lui, il ressortait de l'art 5.1 de la Politique concernant le réaménagement des effectifs que l'obligation de l'employeur «de ne pas recourir à l'impartition de façon à préjudicier aux employés nommés pour une période indéterminée [. . .] était manifestement assumée au bénéfice exclusif des employés» (aux pp. 435 et 436). Cela étant, la question renvoyée à la Commission ne pouvait relever du par. 99(1) LRTFP parce qu'elle concernait une obligation dont l'exécution pouvait faire l'objet de griefs présentés par chacun des employés intéressés.

Les dispositions législatives applicables

La Commission a été créée en vertu de la LRTFP. Les articles 11 à 27 traitent de la constitution, des pouvoirs et des fonctions de la Commission. Ses membres (commissaires) sont nommés par le gouverneur en conseil et exercent leurs fonctions à titre inamovible pendant la durée de leur mandat (art. 12). Ils sont choisis sur une liste de candidats proposés au président par l'employeur et par l'agent négociateur. On constate donc que la loi va loin pour ce qui est de veiller à l'indépendance et à la compétence des commissaires et de voir ainsi à ce que les parties à un différend aient confiance en eux.

Les décisions de la Commission bénéficient de la protection d'une clause privative de large portée, soit l'art. 101 LRTFP, qui porte:

101. (1) Sauf exception dans la présente loi, toute ordonnance, décision arbitrale ou autre, instruction ou déclaration de la Commission, d'un arbitre nommé en vertu de l'article 63 ou d'un arbitre de griefs est définitive et non susceptible de recours judiciaire.

(2) Il n'est admis aucun recours ou décision judiciaire —notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto*—visant à contester, réviser, empêcher ou limiter l'action de la Commission, d'un arbitre nommé en vertu de l'article 63 ou d'un arbitre de griefs.

This privative clause was included by Parliament explicitly to ensure that decisions of the Board should be final and conclusive and that courts should not have the power to interfere with them at will.

Parliament has given the Board broad powers to consider and resolve a wide variety of problems that arise in the field of labour relations. For example, s. 21 *PSSRA* provides that the Board may make orders regarding compliance with the entire Act and regulations made thereunder. Furthermore, s. 22 gives the Board wide powers to make regulations on a number of issues including the determination of units appropriate for collective bargaining. Parliament has clearly placed its trust and confidence in the Board and sought to protect its decisions in the sensitive and volatile area of labour disputes. The *PSSRA* has provided a Board composed of experts in the field of labour-management relations. The aim and object of the Board are to resolve disputes that may arise between the federal government and its employees. If the Board is to achieve this goal, its decisions must be speedy and final. To achieve the end of finality so necessary in this field, the decisions of the Board have been given the protection of a broad privative clause. It should never be forgotten that it is Parliament that has designed a Board of experts to resolve the disputes between labour and management as quickly and as finally as possible. Courts should not be quick to interfere in the Board's decisions.

It will be helpful to keep in mind the general aims of the legislation as well as the particular provisions of the *PSSRA* when consideration is given to the issues arising in this appeal.

Courts and Administrative Tribunals

In a complex society such as ours administrative boards and tribunals are increasingly necessary. The experience and expert knowledge of some

Le législateur a inclus cette clause privative expressément dans le but de s'assurer que les décisions de la Commission soient définitives et sans appel et que les cours de justice n'aient pas le pouvoir de les modifier à volonté.

Le législateur a investi la Commission de larges pouvoirs en ce qui a trait à l'examen et au règlement d'une grande variété de problèmes qui se posent dans le domaine des relations du travail. À titre d'exemple, l'art. 21 autorise la Commission à prendre des ordonnances relatives à l'observation de l'ensemble de la *LRTFP* et des règlements pris sous son régime. En outre, l'art. 22 lui confère de larges pouvoirs réglementaires dans plusieurs domaines, dont la détermination des unités habiles à négocier collectivement. Visiblement, le législateur a mis toute sa confiance dans la Commission et a cherché à protéger les décisions rendues par celle-ci dans le domaine délicat et explosif qu'est celui des conflits de travail. La *LRTFP* a établi une Commission composée d'experts en matière de relations du travail. La Commission a pour but et pour vocation de régler les différends qui pourront naître entre le gouvernement fédéral et ses fonctionnaires. Pour qu'elle puisse atteindre cet objectif, il faut qu'elle rende ses décisions de façon expéditive et que celles-ci soient définitives. C'est précisément pour leur assurer le caractère définitif tellement nécessaire dans ce domaine que les décisions de la Commission bénéficient de la protection d'une clause privative de large portée. Il faut toujours se rappeler que c'est le législateur qui a conçu l'idée d'une commission d'experts chargés de régler le plus rapidement et le plus définitivement possible les différends entre employés et employeurs. Les tribunaux devraient hésiter à s'ingérer dans les décisions de la Commission.

Il sera utile de garder présents à l'esprit les buts généraux de la *LRTFP* ainsi que ses dispositions particulières lorsque nous entreprendrons l'examen des questions soulevées par le présent pourvoi.

Les cours de justice et les tribunaux administratifs

Dans une société aussi complexe que la nôtre, l'existence de commissions et de tribunaux administratifs s'impose de plus en plus. En effet, l'ex-

boards surpasses that of the courts. They provide a mechanism for speedy resolution of complex, and frequently technical, matters. The tribunals, generally composed of experts in their fields, act independently of the government. Two prime examples where the expertise of an administrative body is invaluable are the fields of labour relations and energy.

The position of the courts with respect to administrative tribunals has evolved in three stages. The first stage is composed of cases decided prior to the decision of this Court in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 (“*CUPE*”). The second stage is marked by the *CUPE* decision itself and the principle outlined within. The final stage is those cases decided subsequent to *CUPE*.

Pre-CUPE Cases

The cases prior to the *CUPE* decision are marked by the extent of control of the so-called inferior tribunals exercised by the courts. This was manifested by their eagerness to substitute their opinions for that of the administrative board. Examples of this position include *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425, and *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756. Each of these cases followed the principle set out in *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147. They took the position that a definition of jurisdictional error should include any question pertaining to the interpretation of a statute made by an administrative tribunal. In each case this Court substituted its own opinion of the correct interpretation of the statute for that of the administrative tribunal. These cases significantly expanded the scope of judicial review.

expérience et les connaissances spécialisées de certaines commissions dépassent celles des cours de justice. Ces commissions permettent la résolution rapide de questions compliquées et, souvent, techniques. Généralement composés d'experts dans leur domaine, les tribunaux administratifs fonctionnent indépendamment du gouvernement. Les relations du travail et l'énergie sont deux excellents exemples de domaines où l'expertise d'un tribunal administratif se révèle inestimable.

L'évolution de l'attitude des cours de justice à l'égard des tribunaux administratifs a passé par trois étapes. La première est celle des affaires décidées antérieurement à l'arrêt de notre Cour *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 («*SCFP*»). Ce sont l'arrêt *SCFP* lui-même et le principe y énoncé qui marquent la deuxième étape, tandis que les décisions rendues postérieurement à l'arrêt *SCFP* représentent la dernière étape.

Jurisprudence antérieure à l'arrêt SCFP

La jurisprudence antérieure à l'arrêt *SCFP* est caractérisée par le contrôle rigoureux qu'exerçaient les cours de justice sur les tribunaux dits inférieurs, ce qui se manifestait par leur empressement à substituer leur opinion à celle du tribunal administratif. Cette position est énoncée, entre autres, dans *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425, et *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756. Dans chacun de ces arrêts la Cour a suivi le principe énoncé dans l'arrêt *Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147. Ils ont tous adopté la position qu'une définition de l'erreur juridictionnelle devrait comprendre toute question qui se rattache à l'interprétation d'une loi faite par un tribunal administratif. Dans chaque cas, notre Cour a substitué à l'interprétation du tribunal administratif sa propre opinion quant à la bonne interprétation de la loi en cause. Ces arrêts ont donc considérablement élargi la portée du contrôle judiciaire.

CUPE

The *CUPE* decision involved a complaint with the Public Service Labour Relations Board alleging that the employer was replacing striking employees with management personnel contrary to the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25, which provided that during a strike “the employer shall not replace the striking employees or fill their position with any other employee”. At issue was the jurisdiction of the Board to interpret the meaning of the term “other employee”. Dickson J. (as he then was), writing for the Court, noted that the section in question was ambiguous. He then set out the rationale for protecting decisions of administrative tribunals which were made within their jurisdiction. He wrote at pp. 235-36:

The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

The usual reasons for judicial restraint upon review of labour board decisions are only reinforced in a case such as the one at bar. Not only has the Legislature confided certain decisions to an administrative board, but to a separate and distinct Public Service Labour Relations Board. That Board is given broad powers—broader than those typically vested in a labour board—to supervise and administer the novel system of collective bargaining created by the *Public Service Labour Relations Act*. The Act calls for a delicate balance between the need to maintain public services, and the need to maintain collective bargaining. Considerable sensitivity and unique expertise on the part of Board members is all the more required if the twin purposes of the legislation are to be met.

L'arrêt SCFP

Dans l'affaire *SCFP*, il s'agissait d'une plainte, portée auprès de la Commission des relations de travail dans les services publics, qui reprochait à l'employeur de remplacer des grévistes par des cadres en contravention de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, qui prévoyait que, durant une grève, «l'employeur ne doit pas remplacer les grévistes ou attribuer leurs postes à d'autres employés». La question en litige portait sur la compétence de la Commission pour interpréter le sens de l'expression «autres employés». Le juge Dickson (plus tard Juge en chef), s'exprimant au nom de la Cour, a fait remarquer l'ambiguïté de l'article en question. Il a ensuite énoncé la raison de protéger les décisions des tribunaux administratifs qui ont été prises conformément à leur compétence. Il écrit, aux pp. 235 et 236:

La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine.

Les raisons habituelles pour lesquelles les tribunaux évitent de réviser les décisions des commissions des relations de travail prennent encore plus de poids dans un cas comme celui-ci. Ce n'est pas simplement à un organisme administratif que le législateur a donné un pouvoir de décision, mais à un organisme spécial et distinct, une Commission des relations de travail dans les services publics. Elle a de larges pouvoirs—plus étendus que ceux normalement conférés à pareil organisme—afin de surveiller et d'administrer le tout nouveau système de négociation collective créé par la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*. Cette loi établit un équilibre délicat entre le besoin de maintenir des services publics et le besoin de préserver la négociation collective. Pour atteindre ce double but, les membres de la Commission doivent donc faire preuve d'une grande sensibilité à ces questions et d'une habileté unique.

Dickson J. then went on to say that “not only would the Board not be required to be ‘correct’ in its interpretation, but one would think that the Board was entitled to err and any such error would be protected from review by the privative clause”^a (p. 236).

What then is the appropriate standard? The decision must be “more” than wrong. As Dickson J. stated in *CUPE* at p. 237:

Did the Board here so misinterpret the provisions of the Act as to embark on an inquiry or answer a question not remitted to it? Put another way, was the Board’s interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review? [Emphasis added.]

The result of the *CUPE* decision is that when an administrative tribunal is acting within its jurisdiction it will lose jurisdiction only if it acts in a patently unreasonable manner. This principle has been consistently applied in subsequent decisions.

Post-CUPE Decisions

In particular two cases in which Beetz J. wrote the decisions for the Court have been influential. In *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412, the employer made an application to the Canada Labour Relations Board (“CLRB”) alleging that the union was authorizing an unlawful strike by employees who were engaging in a concerted refusal to work overtime. The employer asked the CLRB to declare the strike unlawful and to issue a cease and desist order against the union. The CLRB held that the employees’ actions did indeed amount to a strike regardless of whether the collective agreement gave the employer the power to require employees to work overtime or not. The CLRB’s order required the workers to call off the refusal to work overtime and referred to an arbitrator the issue as to

Le juge Dickson a ajouté que «non seulement la Commission n’est-elle pas tenue de faire une interprétation «juste», mais encore a-t-elle le droit d’errer et pareille erreur ne sera pas susceptible de révision étant donné la protection offerte par la clause privative» (à la p. 236).

Quelle est donc alors la norme applicable? Il ne suffit pas que la décision soit entachée d’erreur. Comme l’a dit le juge Dickson dans l’arrêt *SCFP*, à la p. 237:

La Commission a-t-elle interprété erronément les dispositions législatives de façon à entreprendre une enquête ou à répondre à une question dont elle n’était pas saisie? Autrement dit, l’interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s’appuyer sur la législation pertinente et d’exiger une intervention judiciaire? [Je souligne.]

Suivant l’arrêt *SCFP*, tant qu’il n’outrepasse pas sa compétence, un tribunal administratif perdra sa compétence seulement s’il agit d’une manière manifestement déraisonnable, principe qu’a appliqué uniformément la jurisprudence subséquente.

Jurisprudence ultérieure à l’arrêt SCFP

Se sont révélées particulièrement importantes deux affaires dans lesquelles le juge Beetz a rédigé les motifs de notre Cour. Dans l’arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, l’employeur a présenté au Conseil canadien des relations du travail («CCRT») une requête dans laquelle il alléguait que le syndicat autorisait une grève illégale des employés qui étaient engagés dans un refus concerté de faire du travail supplémentaire. L’employeur a demandé au CCRT de déclarer la grève illégale et de délivrer une ordonnance de ne pas faire contre le syndicat. Le CCRT a conclu que les actes des employés équivalaient en fait à une grève, peu importe si la convention collective accordait à l’employeur le pouvoir d’obliger les employés à faire du travail supplémentaire. L’ordonnance du CCRT exigeait que les ouvriers mettent fin à leur refus de faire du temps supplémentaire et renvoyait à l’arbitrage la question de savoir

whether, on a correct interpretation of the collective agreement, overtime was compulsory.

The union sought a review of the finding that the overtime ban was illegal and took the position that the CLRB had committed a jurisdictional error by incorrectly answering the question as to whether a refusal to work overtime constituted a strike.

Beetz J. enunciated a distinction between errors made by a tribunal while acting within its jurisdiction to determine the issue before it and errors made in determining whether it had jurisdiction to consider the issue before it. The tribunal need only make a decision which is not patently unreasonable, following *CUPE*. However, on the issue of jurisdiction the standard of deference will be much lower. On that question, the tribunal must be correct, that is, it will have made a reviewable error if its decision is merely incorrect. Beetz J. explained, at pp. 420-21:

A jurisdictional error results generally in an excess of jurisdiction or a refusal to exercise jurisdiction, whether at the start of the hearing, during it, in the findings or in the order disposing of the matter. Such an error, even if committed in the best possible good faith, will result nonetheless in the decision containing it being set aside. . .

In *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, Beetz J., writing for the Court, further expanded the Court's position as set out in *l'Acadie*. In examining the issue of curial deference Beetz J. came to the conclusion that *CUPE* does not stand for the proposition that only those errors that are patently unreasonable can give rise to an excess of jurisdiction. He set out the two instances in which an administrative tribunal will have exceeded its jurisdiction in this way, at p. 1086:

1. if the question of law at issue is within the tribunal's jurisdiction, it will only exceed its jurisdiction if it

si, selon une juste interprétation de la convention collective, le travail supplémentaire était obligatoire.

Le syndicat a demandé une révision de la conclusion à l'illégalité de l'embargo sur le temps supplémentaire et a soutenu que le CCRT avait commis une erreur juridictionnelle ou erreur de compétence en répondant incorrectement à la question de savoir si le refus d'effectuer du travail supplémentaire constituait une grève.

Le juge Beetz a établi une distinction entre les erreurs commises par un tribunal administratif qui agit dans le cadre de sa compétence pour trancher la question dont il est saisi et les erreurs commises en déterminant s'il a compétence pour examiner la question dont il est saisi. D'après l'arrêt *SCFP*, le tribunal n'a alors qu'à rendre une décision qui ne soit pas manifestement déraisonnable. En ce qui concerne la question de la compétence, cependant, la norme de retenue sera beaucoup moins élevée. Il faudra, relativement à cette question, que le tribunal administratif ait raison, c'est-à-dire que, du moment que sa décision est simplement erronée, il y a erreur donnant lieu à examen. Le juge Beetz s'est expliqué aux pp. 420 et 421:

L'erreur juridictionnelle entraîne le plus souvent un excès de compétence ou un refus d'exercer une compétence, soit dans l'ouverture d'une enquête, soit en cours d'enquête, soit encore dans ses conclusions ou son dispositif. Une telle erreur, même commise de la meilleure foi du monde, entraîne néanmoins l'annulation de la décision qui en est entachée . . .

Dans l'affaire *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, le juge Beetz, s'exprimant au nom de la Cour, a précisé davantage le point de vue de notre Cour exposé dans l'arrêt *l'Acadie*. Examinant la question de la retenue judiciaire, il a conclu que l'arrêt *SCFP* n'établit nullement qu'un excès de compétence ne peut naître que d'erreurs manifestement déraisonnables. Il a énoncé dans les termes suivants les deux cas dans lesquels un tribunal administratif outrepassa sa compétence (à la p. 1086):

1. Si la question de droit en cause relève de la compétence du tribunal, le tribunal n'excède sa compétence

errs in a patently unreasonable manner; a tribunal which is competent to answer a question may make errors in so doing without being subject to judicial review;

2. if however the question at issue concerns a legislative provision limiting the tribunal's powers, a mere error will cause it to lose jurisdiction and subject the tribunal to judicial review.

To summarize, therefore: on the question of its jurisdiction to entertain the complaint put before it, if the Board made a simple error it has exceeded its jurisdiction.

The court when considering whether a Board has made a simple error on the issue of its own jurisdiction should adopt what Beetz J. called the "pragmatic and functional" approach. This he described at pp. 1088-89:

The formalistic analysis of the preliminary or collateral question theory is giving way to a pragmatic and functional analysis, hitherto associated with the concept of the patently unreasonable error. At first sight it may appear that the functional analysis applied to cases of patently unreasonable error is not suitable for cases in which an error is alleged in respect of a legislative provision limiting a tribunal's jurisdiction. The difference between these two types of error is clear: only a patently unreasonable error results in an excess of jurisdiction when the question at issue is within the tribunal's jurisdiction, whereas in the case of a legislative provision limiting the tribunal's jurisdiction, a simple error will result in a loss of jurisdiction. It is nevertheless true that the first step in the analysis necessary in the concept of a "patently unreasonable" error involves determining the jurisdiction of the administrative tribunal. At this stage, the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal. At this initial stage a pragmatic or functional analysis is just as suited to a case in which an error is alleged in the interpretation of a provision limiting the administrative tribunal's jurisdiction: in a case where a patently unreasonable error is alleged on a question within the jurisdiction of the tribunal, as in a case where simple error is alleged regarding a provision limiting that juris-

que s'il erre d'une façon manifestement déraisonnable. Le tribunal qui est compétent pour trancher une question peut, ce faisant, commettre des erreurs sans donner ouverture à la révision judiciaire.

2. Si, par contre, la question en cause porte sur une disposition législative qui limite les pouvoirs du tribunal, une simple erreur fait perdre compétence et donne ouverture à la révision judiciaire.

Cela se résume donc ainsi: sur la question de sa compétence pour connaître de la plainte dont elle est saisie, du moment qu'elle commet une simple erreur, la commission excède sa compétence.

Une cour de justice, en examinant si une commission a commis une simple erreur relativement à la question de sa propre compétence, devrait adopter l'analyse «pragmatique et fonctionnelle» dont a parlé le juge Beetz aux pp. 1088 et 1089:

L'analyse formaliste de la doctrine de la condition préalable cède le pas à une analyse pragmatique et fonctionnelle, associée jusqu'ici à la notion d'erreur manifestement déraisonnable. À première vue, il peut paraître que l'analyse fonctionnelle appliquée jusqu'ici aux cas d'erreur manifestement déraisonnable ne convienne pas aux cas où l'on allègue une erreur au sujet d'une disposition législative qui circonscrit la compétence d'un tribunal. La différence entre ces deux espèces d'erreur est évidente: seule une erreur manifestement déraisonnable entraîne un excès de compétence quand la question en cause relève de la compétence du tribunal tandis que, quand il s'agit d'une disposition législative qui circonscrit la compétence du tribunal, une simple erreur entraîne une perte de compétence. Il n'en reste pas moins que la première étape de l'analyse nécessaire à la notion de l'erreur «manifestement déraisonnable» consiste à déterminer la compétence du tribunal administratif. À cette étape, la Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal. L'analyse pragmatique ou fonctionnelle, à cette première étape, convient tout aussi bien pour le cas où l'on allègue une erreur dans l'interprétation d'une disposition qui circonscrit la compétence du tribunal administratif: dans le cas où l'on allègue une erreur manifestement déraisonnable sur une question qui relève de la compétence du tribunal comme dans le cas où l'on allègue une simple erreur sur une

diction, the first step involves determining the tribunal's jurisdiction.

This approach has been reaffirmed by this Court most recently in the reasons of Sopinka J., writing for the majority, in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614.

However, with respect to the substantive question before the tribunal, the post-*CUPE* case law has not altered the position taken by Dickson J. in *CUPE*. In *l'Acadie*, Beetz J. confirmed the *CUPE* standard, stating at pp. 419-20:

It should be recalled that privative clauses like those resulting from the combined effect of these last two provisions do not confer a right of appeal. They do not empower the court undertaking the review to make the decision which an administrative tribunal like the Board should have made, though they allow it to indicate in some cases what it should have done and to refer the case back to it for action accordingly. They do not even empower the court to set aside the decision of an administrative tribunal because of a mere error of law. If the Board commits such an error, its decision remains unassailable. [Emphasis added.]

Further, although *Bibeault* articulated the so-called pragmatic and functional approach, it carefully emphasized that the *CUPE* standard was to be used when a court considered a decision made by a board within its jurisdiction. Beetz J. noted at p. 1086:

... if the question of law at issue is within the tribunal's jurisdiction, it will only exceed its jurisdiction if it errs in a patently unreasonable manner; a tribunal which is competent to answer a question may make errors in so doing without being subject to judicial review;

Similarly, in *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, Gonthier J. stated

disposition qui circonscrit cette compétence, la première étape consiste à déterminer la compétence du tribunal.

Notre Cour a confirmé cette démarche tout récemment dans les motifs rédigés par le juge Sopinka au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614.

Toutefois, en ce qui concerne la question de fond soumise au tribunal administratif, la jurisprudence ultérieure à l'arrêt *SCFP* n'a rien changé à la position adoptée par le juge Dickson dans cet arrêt. Dans l'arrêt *l'Acadie*, le juge Beetz a confirmé la norme énoncée dans l'arrêt *SCFP*. Il a dit, aux pp. 419 et 420:

Faut-il le rappeler, des clauses privatives comme celles qui résultent de la combinaison de ces deux dernières dispositions ne confèrent pas un droit d'appel. Elles n'habilitent pas la cour chargée de la révision à rendre la décision qu'un tribunal administratif comme le Conseil aurait dû rendre quoiqu'elles lui permettent d'indiquer en certains cas les actes qu'il aurait dû accomplir et de lui retourner l'affaire pour qu'il y soit donné suite. Elles n'habilitent même pas la cour à casser la décision d'un tribunal administratif à cause d'une simple erreur de droit. Si le Conseil commet une telle erreur, sa décision reste intangible. [Je souligne.]

De plus, bien qu'y formulant l'analyse dite pragmatique et fonctionnelle, notre Cour a eu soin de souligner dans l'arrêt *Bibeault* que la norme établie dans l'arrêt *SCFP* devait être appliquée chaque fois qu'une cour de justice examine une décision rendue par une commission dans les limites de sa compétence. Le juge Beetz a dit, à la p. 1086:

... Si la question de droit en cause relève de la compétence du tribunal, le tribunal n'exécède sa compétence que s'il erre d'une façon manifestement déraisonnable. Le tribunal qui est compétent pour trancher une question peut, ce faisant, commettre des erreurs sans donner ouverture à la révision judiciaire.

De même, dans l'arrêt *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, le

the principle of curial deference as follows, at p. 1744:

Where the legislator has clearly stated that the decision of an administrative tribunal is final and binding, courts of original jurisdiction cannot interfere with such decisions unless the tribunal has committed an error which goes to its jurisdiction. Thus, this Court has decided in the *CUPE* case that judicial review cannot be completely excluded by statute and that courts of original jurisdiction can always quash a decision if it is “so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review” (p. 237). Decisions which are so protected are, in that sense, entitled to a non-discretionary form of deference because the legislator intended them to be final and conclusive and, in turn, this intention arises out of the desire to leave the resolution of some issues in the hands of a specialized tribunal.

Gonthier J. then went on to say, at p. 1746:

... within the context of a statutory appeal from an administrative tribunal, additional consideration must be given to the principle of specialization of duties. Although an appeal tribunal has the right to disagree with the lower tribunal on issues which fall within the scope of the statutory appeal, curial deference should be given to the opinion of the lower tribunal on issues which fall squarely within its area of expertise.

The Court again enunciated the limited role of superintending courts in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324. In his majority judgment Gonthier J. stated at pp. 1369-70:

... courts, in the presence of a privative clause, will only interfere with the findings of a specialized tribunal where it is found that the decision of that tribunal cannot be sustained on any reasonable interpretation of the facts or of the law.

In her reasons, concurred in by Dickson C.J. and Lamer C.J., Wilson J. emphasized the rationale behind curial deference towards tribunals with particular specialization in a field, at p. 1336:

juge Gonthier a formulé ainsi le principe de la retenue judiciaire, à la p. 1744:

Si le législateur affirme clairement que la décision d'un tribunal administratif est finale et exécutoire, les tribunaux judiciaires de première instance ne peuvent toucher à ces décisions à moins que le tribunal administratif n'ait commis une erreur qui porte atteinte à sa compétence. Cette Cour a donc décidé dans l'arrêt *SCFP* qu'une loi ne peut complètement écarter le contrôle judiciaire et que les tribunaux judiciaires de première instance peuvent toujours annuler une décision si elle est «déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire» (p. 237). Les décisions qui sont ainsi protégées doivent, en ce sens, faire l'objet d'une forme de retenue non discrétionnaire parce que le législateur a voulu qu'elles soient définitives et sans appel et cette intervention du législateur découle, à son tour, de la volonté de laisser à des tribunaux spécialisés le soin de trancher certains litiges.

Il poursuit, à la p. 1746:

... dans le contexte d'un appel prévu par la loi d'une décision d'un tribunal administratif, il faut de plus tenir compte du principe de la spécialisation des fonctions. Bien qu'un tribunal d'appel puisse être en désaccord avec le tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent du pouvoir d'appel prévu par la loi, les tribunaux devraient faire preuve de retenue envers l'opinion du tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent parfaitement de son champ d'expertise.

Dans l'arrêt *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, notre Cour a de nouveau traité du rôle limité des tribunaux de surveillance. Parlant au nom des majoritaires, le juge Gonthier a dit, à la p. 1369:

... lorsqu'il y a une clause privative les tribunaux judiciaires ne toucheront aux conclusions d'un tribunal spécialisé que s'il est jugé que la décision de celui-ci ne saurait être maintenue selon une interprétation raisonnable des faits ou du droit.

Dans ses motifs, auxquels ont souscrit le juge en chef Dickson et le juge en chef Lamer, le juge Wilson a souligné la raison d'être de la retenue judiciaire envers les tribunaux ayant une spécialité particulière, à la p. 1336:

Canadian courts have struggled over time to move away from the picture that Dicey painted toward a more sophisticated understanding of the role of administrative tribunals in the modern Canadian state. Part of this process has involved a growing recognition on the part of courts that they may simply not be as well equipped as administrative tribunals or agencies to deal with issues which Parliament has chosen to regulate through bodies exercising delegated power, e.g., labour relations, telecommunications, financial markets and international economic relations. Careful management of these sectors often requires the use of experts who have accumulated years of experience and a specialized understanding of the activities they supervise.

Courts have also come to accept that they may not be as well qualified as a given agency to provide interpretations of that agency's constitutive statute that make sense given the broad policy context within which that agency must work. Evans et al. point out, for example, that "[o]ne of the most important developments in contemporary public law in Canada has been a growing acceptance by the courts of the idea that statutory provisions often do not yield a single, uniquely correct interpretation, but can be ambiguous or silent on a particular question, or couched in language that obviously invites the exercise of discretion" . . .

In *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, at pp. 669-70, McLachlin J., writing for the majority, reaffirmed the patently unreasonable test:

Courts should exercise caution and deference in reviewing the decisions of specialized administrative tribunals, such as the Labour Board in this case. This deference extends both to the determination of the facts and the interpretation of the law. Only where the evidence, viewed reasonably, is incapable of supporting a tribunal's findings of fact, or where the interpretation placed on the legislation is patently unreasonable, can the court interfere. As Dickson J. (as he then was) put it in [*CUPE*] at pp. 235-36, referring to the privative

Les tribunaux judiciaires canadiens se sont efforcés au fil des ans de se détacher du point de vue de Dicey pour en arriver à une compréhension plus subtile du rôle des tribunaux administratifs dans l'État canadien moderne. C'est là un processus qui s'est traduit notamment par une reconnaissance accrue de la part des cours de justice qu'il se peut qu'elles soient simplement moins en mesure que les tribunaux ou organismes administratifs de statuer dans des domaines que le Parlement a choisi de réglementer par l'intermédiaire d'organismes exerçant un pouvoir délégué, comme, par exemple, les relations de travail, les télécommunications, les marchés financiers et les relations économiques internationales. Une gestion prudente de ces secteurs nécessite souvent le recours à des experts ayant à leur actif des années d'expérience et une connaissance spécialisée des activités qu'ils sont chargés de surveiller.

Les cours de justice ont également fini par se faire à l'idée qu'elles ne sont peut-être pas aussi bien qualifiées qu'un organisme administratif déterminé pour donner à la loi constitutive de cet organisme des interprétations qui ont du sens compte tenu du contexte des politiques générales dans lequel doit fonctionner cet organisme. Evans et autres soulignent, par exemple, que [TRADUCTION] «[l']un des plus importants progrès du droit public contemporain au Canada est l'acceptation croissante par les tribunaux judiciaires de l'idée que, souvent, les dispositions législatives ne se prêtent pas à une seule interprétation qui soit particulièrement juste, mais qu'elles peuvent être ambiguës ou muettes sur une question donnée ou rédigées dans des termes qui invitent manifestement à exercer un pouvoir discrétionnaire» . . .

Dans l'arrêt *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, aux pp. 669 et 670, le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la majorité, a confirmé encore une fois le critère du caractère manifestement déraisonnable:

Les cours de justice devraient faire preuve de circonspection et de retenue dans l'examen des décisions de tribunaux administratifs spécialisés comme la Commission en l'espèce. Cette retenue s'étend à la fois à la constatation des faits et à l'interprétation de la loi. Ce n'est que lorsque les éléments de preuve, perçus de façon raisonnable, ne peuvent étayer les conclusions de fait du tribunal, ou que l'interprétation donnée aux dispositions législatives est manifestement déraisonnable que la cour de justice peut intervenir. Comme l'a dit le juge

clause in the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25:

[the clause] constitutes a clear statutory direction on the part of the Legislature that public sector labour matters be promptly and finally decided by the Board. Privative clauses of this type are typically found in labour relations legislation. The rationale for protection of a labour board's decisions within jurisdiction is straightforward and compelling. [Emphasis added.]

In expressing the reluctance courts should feel in interfering in decisions of administrative tribunals, McLachlin J. echoed the dicta of Dickson C.J. in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455. Writing for a unanimous Court Dickson C.J. stated at pp. 464-65:

A restrained approach to disturbing the decisions of specialized administrative tribunals, particularly in the context of labour relations, is essential if the courts are to respect the intentions and policies of Parliament and the provincial legislatures in establishing such tribunals. . . .

A reviewing court, whether under s. 28(1)(b) of the *Federal Court Act*, or under the common law principles of judicial review, should not interfere with the decision of a statutory decision maker in a case such as this unless the statutory decision maker makes a mistake of law, such as addressing his or her mind to the wrong question, applying the wrong principle, failing to apply a principle he or she would have applied, or incorrectly applying a legal principle. [Emphasis added.]

In summary, the courts have an important role to play in reviewing the decisions of specialized administrative tribunals. Indeed, judicial review has a constitutional foundation. See *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220. In undertaking the review courts must ensure first that the board has acted within its jurisdiction by following the rules of procedural fairness, second, that it acted within the bounds of the jurisdiction

Dickson, plus tard Juge en chef, dans l'arrêt [SCFP], aux pp. 235 et 236, en se référant à la clause privative de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P 25:

[la clause] révèle clairement la volonté du législateur que les différends du travail dans le secteur public soient réglés promptement et en dernier ressort par la Commission. Des clauses privatives de ce genre sont typiques dans les lois sur les relations de travail. On veut protéger les décisions d'une commission des relations de travail, lorsqu'elles relèvent de sa compétence, pour des raisons simples et impérieuses. [Je souligne.]

En exprimant la réticence que devraient éprouver les cours de justice à toucher aux décisions des tribunaux administratifs, le juge McLachlin a fait siennes les remarques incidentes du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455. S'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, il a affirmé, aux pp. 464 et 465:

Il est essentiel que les tribunaux adoptent une attitude modérée à l'égard de la modification des décisions des tribunaux administratifs spécialisés, particulièrement dans le contexte des relations de travail, s'ils doivent respecter les intentions et les politiques du Parlement et des assemblées législatives des provinces qui les ont amenés à créer ces tribunaux. . . .

Un tribunal chargé de procéder à un examen, que ce soit en vertu de l'al. 28(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale* ou en vertu des principes de *common law* en matière de contrôle judiciaire, ne devra pas modifier la décision d'un tribunal habilité par la loi comme en l'espèce, à moins que celui-ci n'ait commis une erreur de droit, par exemple en examinant la mauvaise question, en appliquant un principe erroné, en n'appliquant pas un principe qu'il aurait dû appliquer ou en appliquant incorrectement un principe juridique. [Je souligne.]

Pour résumer, les cours de justice ont un rôle important à jouer dans le contrôle des décisions des tribunaux administratifs spécialisés. En fait, le contrôle judiciaire a un fondement constitutionnel. Voir l'arrêt *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220. Quand elles procèdent au contrôle, les cours de justice doivent s'assurer, premièrement, que la commission a agi dans les limites de sa compétence en suivant les règles de

conferred upon it by its empowering statute, and third, that the decision it reached when acting within its jurisdiction was not patently unreasonable. On this last issue, courts should accord substantial deference to administrative tribunals, particularly when composed of experts operating in a sensitive area.

Why Should There be Deferential Treatment of This Board by the Courts?

There are a number of reasons why the decisions of the Board made within its jurisdiction should be treated with deference by the court. First, Parliament in the Act creating the Board has by the private clause indicated that the decision of the Board is to be final. Secondly, recognition must be given to the fact that the Board is composed of experts who are representative of both labour and management. They are aware of the intricacy of labour relations and the delicate balance that must be preserved between the parties for the benefit of society. These experts will often have earned by their merit the confidence of the parties. Each time the court interferes with a decision of such a tribunal confidence is lost not only by parties which must appear before the Board but by the community at large. Further, one of the greatest advantages of the Board is the speed in which it can hold a hearing and render a decision. If courts were to interfere with decisions of the Board on a routine basis, victory would always go to the party better able to afford the delay and to fund the endless litigation. The court system itself would suffer unacceptable delays resulting from the increased case load if it were to attempt to undertake a routine review.

None of this is to say that some form of review is not salutary and necessary. Certainly, the courts

l'équité procédurale, deuxièmement, qu'elle a agi dans les limites de la compétence que lui confère sa loi habilitante et, troisièmement, que la décision rendue dans les limites de sa compétence n'était pas manifestement déraisonnable. Sur ce dernier point, les cours de justice devraient faire preuve d'une grande retenue à l'égard des tribunaux administratifs, surtout lorsque ceux-ci se composent d'experts qui exercent leurs fonctions dans un domaine délicat.

Pourquoi les tribunaux devraient-ils faire preuve de retenue à l'égard de la Commission?

Il existe plusieurs raisons pour lesquelles les cours de justice devraient faire preuve de retenue à l'égard des décisions rendues par la Commission dans les limites de sa compétence. En premier lieu, le législateur a, au moyen de la clause private contenue dans la loi constitutive de la Commission, indiqué que la décision de celle-ci est définitive. En second lieu, il faut reconnaître que la Commission est composée d'experts parmi lesquels se trouvent représentés et les employés et le patronat. Ceux-ci sont conscients de la complexité des relations du travail et de la nécessité de maintenir entre les parties un équilibre délicat au bénéfice de la société. Dans bien des cas, le mérite de ces experts leur aura valu la confiance des parties. Or, chaque fois qu'une cour de justice modifie une décision d'un tribunal administratif, il y a perte de confiance de la part non seulement des parties qui doivent comparaître devant la Commission, mais aussi de la part de la collectivité en général. Par ailleurs, l'un des plus grands avantages qu'offre la Commission est la rapidité avec laquelle elle peut tenir une audience et rendre une décision. Si les cours de justice se mettaient à intervenir régulièrement dans les décisions de la Commission, la partie victorieuse serait toujours celle qui était le mieux en mesure d'attendre et de supporter le coût d'un litige à n'en plus finir. Le système judiciaire lui-même connaîtrait des retards inacceptables en raison de l'augmentation de la charge de travail qu'amènerait toute tentative de contrôle systématique.

Il ne faut toutefois pas conclure de ce qui précède qu'un contrôle quelconque n'est ni salutaire

are eminently well suited for determining whether the Board has exceeded the jurisdiction which is granted to it by its enabling statute. Further, the courts are in the best position to determine whether there has been such an error in the procedure followed by it that there has been a denial of natural justice which would result in a loss of jurisdiction by the tribunal. As well, all parties have the right to be protected from a decision that is patently unreasonable. Beyond that the courts need not and should not go. A board which is created and protected by a privative clause is the manifestation of the will of Parliament to create a mechanism that provides a speedy and final means of achieving the goal of fair resolution of labour-management disputes. To serve its purpose these decisions must as often as possible be final. If the courts were to refuse to defer to the decisions of the Board, they would negate both the very purpose of the Act and its express provisions.

ni nécessaire. Certes, les cours de justice sont éminemment aptes à décider si la Commission a excédé la compétence que lui confère sa loi habilitante. En outre, ce sont les cours de justice qui sont les mieux placées pour déterminer si le tribunal a commis une erreur de procédure de telle nature qu'elle constitue un manquement à la justice naturelle, lequel entraînerait son incompétence. De plus, toutes les parties ont droit à la protection contre une décision manifestement déraisonnable. Il n'est pas nécessaire que les cours de justice aillent plus loin et, en fait, elles ne le devraient pas. Une commission constituée en vertu d'une clause privative et protégée par celle-ci représente l'expression de la volonté du Parlement de créer un mécanisme qui offre un moyen expéditif et définitif d'atteindre le but d'un règlement juste des conflits de travail. Pour qu'elles aient l'effet voulu, les décisions ainsi rendues doivent, le plus souvent possible, être définitives. En refusant de s'en remettre aux décisions de la Commission, les cours de justice se trouveraient à contrecarrer l'objet même de la *LRTFP* et à rendre inopérantes ses dispositions expresses.

What Constitutes a "Patently Unreasonable" Decision?

It is said that it is difficult to know what "patently unreasonable" means. What is patently unreasonable to one judge may be eminently reasonable to another. Yet any test can only be defined by words, the building blocks of all reasons. Obviously, the patently unreasonable test sets a high standard of review. In the Shorter Oxford English Dictionary "patently", an adverb, is defined as "openly, evidently, clearly". "Unreasonable" is defined as "[n]ot having the faculty of reason; irrational. . . . Not acting in accordance with reason or good sense". Thus, based on the dictionary definition of the words "patently unreasonable", it is apparent that if the decision the Board reached, acting within its jurisdiction, is not clearly irrational, that is to say evidently not in accordance

En quoi consiste une décision «manifestement déraisonnable»?

Le sens de l'expression «manifestement déraisonnable», fait-on valoir, est difficile à cerner. Ce qui est manifestement déraisonnable pour un juge peut paraître éminemment raisonnable pour un autre. Pourtant, pour définir un critère nous ne disposons que de mots, qui forment, eux, les éléments de base de tous les motifs. Le critère du caractère manifestement déraisonnable représente, de toute évidence, une norme de contrôle sévère. Dans le Grand Larousse de la langue française, l'adjectif manifeste est ainsi défini: «Se dit d'une chose que l'on ne peut contester, qui est tout à fait évidente». On y trouve pour le terme déraisonnable la définition suivante: «Qui n'est pas conforme à la raison; qui est contraire au bon sens». Eu égard donc à ces définitions des mots «manifeste» et «déraisonnable», il appert que si la décision qu'a rendue la Commission, agissant dans le cadre de sa compétence, n'est pas clairement irrationnelle, c'est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison, on ne saurait prétendre qu'il y a eu perte de com-

with reason, then it cannot be said that there was a loss of jurisdiction. This is clearly a very strict test.

In *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, La Forest J. (Dickson C.J. concurring) laid out the strict test of review, at p. 1003:

Where, as here, an administrative tribunal is protected by a privative clause, this Court has indicated that it will only review the decision of the Board if that Board has either made an error in interpreting the provisions conferring jurisdiction on it, or has exceeded its jurisdiction by making a patently unreasonable error of law in the performance of its function.

It is not enough that the decision of the Board is wrong in the eyes of the court; it must, in order to be patently unreasonable, be found by the court to be clearly irrational.

Application of These Principles to the Facts of This Case

Jurisdiction to Entertain the Reference Under Section 99

The first question that must be answered is whether the Board had jurisdiction to entertain the respondent's reference under s. 99 *PSSRA*, or whether, as the appellant submits, the only mechanism for challenging the appellant's actions was by way of individual grievances by employees affected under s. 92. It is clear from the *Bibeault* decision that the Board must have been correct in its determination of this issue. If it is not, it will have committed a jurisdictional error. In my opinion, the decision the Board made with regard to its jurisdiction to hear and determine the reference was correct.

The legislative provisions that must be considered in determining whether the Board properly assumed jurisdiction are found in the *PSSRA*, particularly:

pétence. Visiblement, il s'agit là d'un critère très strict.

Dans l'affaire *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, le juge La Forest (avec l'appui du juge en chef Dickson) a formulé le critère strict du contrôle, à la p. 1003:

Lorsque, comme en l'espèce, un tribunal administratif est protégé par une clause privative, notre Cour a déclaré qu'elle n'examinera la décision du tribunal que si celui-ci a commis une erreur en interprétant les dispositions attributives de compétence ou s'il a excédé sa compétence en commettant une erreur de droit manifestement déraisonnable dans l'exercice de sa fonction.

Il ne suffit pas que la décision de la Commission soit erronée aux yeux de la cour de justice; pour qu'elle soit manifestement déraisonnable, cette cour doit la juger clairement irrationnelle.

L'application de ces principes aux faits de la présente affaire

La compétence relative au renvoi fondé sur l'art. 99

Nous devons répondre d'abord à la question de savoir si la Commission avait compétence relativement à la question que lui a renvoyée l'intimée en vertu de l'art. 99 *LRTFP* ou si les actes de l'appellant, comme il le fait valoir, ne peuvent être contestés qu'au moyen de griefs présentés individuellement, en vertu de l'art. 92, par les employés touchés. Il ressort nettement de l'arrêt *Bibeault* que la Commission doit avoir tranché correctement cette question. Si elle ne l'a pas fait, elle aura commis une erreur de compétence. À mon avis, la décision qu'a rendue la Commission quant à sa compétence pour connaître du renvoi n'est entachée d'aucune erreur.

Les dispositions législatives à prendre en considération aux fins de déterminer si la Commission a été légitimement saisie de l'affaire se trouvent dans la *LRTFP*, notamment dans les paragraphes suivants:

92. (1) Where an employee has presented a grievance, up to and including the final level in the grievance process, with respect to

(a) the interpretation or application in respect of the employee of a provision of a collective agreement or an arbitral award, or

(b) disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty,

and the grievance has not been dealt with to the satisfaction of the employee, the employee may, subject to subsection (2), refer the grievance to adjudication.

. . .

99. (1) Where the employer and a bargaining agent have executed a collective agreement or are bound by an arbitral award and the employer or the bargaining agent seeks to enforce an obligation that is alleged to arise out of the agreement or award, and the obligation, if any, is not one the enforcement of which may be the subject of a grievance of an employee in the bargaining unit to which the agreement or award applies, either the employer or the bargaining agent may, in the prescribed manner, refer the matter to the Board.

(2) Where a matter is referred to the Board pursuant to subsection (1), the Board shall hear and determine whether there is an obligation as alleged and whether, if there is, there has been a failure to observe or to carry out the obligation.

(3) The Board shall hear and determine any matter referred to it pursuant to subsection (1) as though the matter were a grievance, and subsection 96(2) and sections 97 and 98 apply to the hearing and determination of that matter.

According to *Paccar, supra*, the functional approach described in *Bibeault, supra*, must be used by the courts when reviewing the decisions of administrative tribunals on questions relating to their jurisdiction. The functional approach requires that consideration be given to who the intended beneficiaries of the obligation contained in the Work Force Adjustment Policy are. Further, a determination must be made regarding the function of the Board in light of its empowering legislation. If the beneficiary of the obligation is the bargaining unit as a whole, then the Board was correct in assuming jurisdiction under s. 99. However, if the

92. (1) Après l'avoir porté jusqu'au dernier palier de la procédure applicable sans avoir obtenu satisfaction, un fonctionnaire peut renvoyer à l'arbitrage tout grief portant sur

a) l'interprétation ou l'application, à son endroit, d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale;

b) une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une sanction pécuniaire.

c

. . .

99. (1) L'employeur et l'agent négociateur qui ont signé une convention collective ou sont liés par une décision arbitrale peuvent, dans les cas où l'un ou l'autre cherche à faire exécuter une obligation qui, selon lui, découlerait de cette convention ou décision, renvoyer l'affaire à la Commission, dans les formes réglementaires, sauf s'il s'agit d'une obligation dont l'exécution peut faire l'objet d'un grief de la part d'un fonctionnaire de l'unité de négociation visée par la convention ou la décision.

(2) Après avoir entendu l'affaire qui lui est renvoyée au titre du paragraphe (1), la Commission se prononce sur l'existence de l'obligation alléguée et, selon le cas, détermine s'il y a eu ou non manquement.

(3) La Commission entend et juge l'affaire qui lui est renvoyée au titre du paragraphe (1) comme s'il s'agissait d'un grief, et le paragraphe 96(2) ainsi que les articles 97 et 98 s'appliquent à l'audition et à la décision.

D'après l'arrêt *Paccar*, précité, c'est la méthode fonctionnelle exposée dans l'arrêt *Bibeault*, précité, que doivent employer les cours de justice lorsqu'elles révisent les décisions rendues par des tribunaux administratifs sur des questions relatives à leur compétence. L'analyse fonctionnelle exige que l'on prenne en considération les personnes qui sont censées bénéficier de l'obligation énoncée dans la Politique concernant le réaménagement des effectifs. Il faut en outre décider en quoi consiste la fonction de la Commission aux termes de sa loi habilitante. Si l'unité de négociation dans son ensemble est le créancier de l'obligation, alors

beneficiary of the obligation is individual workers, then it is up to those individual workers to grieve pursuant to s. 92 and jurisdiction under s. 99 would be ousted.

The obligation not to “privatize” or “contract out” in violation of the Work Force Adjustment Policy is an obligation affecting the entire bargaining unit rather than any individual employee. This is true even though these steps would substantially affect individual employees. The appellant argues that the individual employees affected would be able to grieve the loss of their employment because of contracting out and that therefore the Board did not have jurisdiction to hear the s. 99 reference. In support of this position the appellant cites three decisions of the Federal Court of Appeal: *The Queen v. Lavoie*, [1978] 1 F.C. 778; *Gloin v. Attorney General of Canada*, [1978] 2 F.C. 307; *Canadian Air Traffic Control Association v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 84. In his dissent Pratte J.A. cites *Lavoie, supra*, and *Gloin, supra*. These cases were all carefully considered by Mahoney J.A., writing for the majority.

While I do not dispute the contention that a former employee retains the right to grieve his dismissal, in my view these cases are of no assistance in the present appeal. I agree with Mahoney J.A. that the nature of the relief sought is relevant in deciding whether the proceeding should be undertaken by an individual employee or the bargaining unit. The dispute between the bargaining agent PSAC and the employer represented by the Attorney General of Canada arose from the contracting out of the work done by the bargaining unit as an entity. It was concerned with the obligations owed to the bargaining unit as a whole under the Work Force Adjustment Policy. A grievance of this kind could not be sustained by any individual employee. Nor could an individual employee

c'est à bon droit que la Commission a jugé qu'elle était compétente en vertu de l'art. 99. Si, par contre, les créanciers de l'obligation sont les employés pris individuellement, il appartient à ce moment-là à chacun d'eux de présenter un grief fondé sur l'art. 92, auquel cas la compétence attribuée par l'art. 99 ne s'appliquerait pas.

L'obligation de ne pas violer la Politique concernant le réaménagement des effectifs en recourant à la «privatisation» ou à l'«impartition» touche l'ensemble de l'unité de négociation plutôt qu'un employé en particulier. Cela est vrai même si les effets des mesures en question se feraient nettement sentir chez les employés. L'appellant prétend que chaque employé touché pourrait contester par voie de grief la perte de son emploi consécutivement au recours à l'impartition et que, par conséquent, la Commission n'avait pas compétence pour entendre la question qui lui a été renvoyée en vertu de l'art. 99. À l'appui de cet argument, l'appellant invoque trois arrêts de la Cour d'appel fédérale: *La Reine c. Lavoie*, [1978] 1 C.F. 778, *Gloin c. Procureur général du Canada*, [1978] 2 C.F. 307, *Association canadienne du contrôle du trafic aérien c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 84. Dans ses motifs de dissidence, le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale cite les arrêts *Lavoie* et *Gloin*, précités. Les trois ont fait l'objet d'un examen minutieux de la part du juge Mahoney, qui a rédigé les motifs de la majorité.

Je ne conteste pas l'argument voulant qu'un ancien employé conserve le droit de présenter un grief à l'égard de son congédiement, mais j'estime que la jurisprudence susmentionnée ne nous est d'aucun secours en l'espèce. Je conviens avec le juge Mahoney que la nature du redressement sollicité est pertinente aux fins de décider qui, de l'employé individuel ou de l'unité de négociation, devrait se charger de la procédure en question. Le différend mettant aux prises l'agent négociateur (l'AFPC) et l'employeur, représenté par le procureur général du Canada, tire son origine de l'impartition du travail effectué collectivement par l'unité de négociation. Ce différend portait sur les obligations envers l'unité de négociation dans son ensemble énoncées dans la Politique concernant le

enforce the relief sought in this case. For example, those grievances that were taken by individual employees arising out of the privatization of the work done by members of the bargaining unit did not challenge the obligation relating to contracting out of services. Rather, the individual employees, in their grievances, dealt with issues relating specifically to them, such as complaints with respect to their training. My reading of the Work Force Adjustment Policy indicates that it is the entire group of employees that is to benefit from its provisions. Certainly each individual employee will derive benefits through the group, but it is the employees as a whole, that is to say the union or association of employees, to which the policy benefits are directed.

This Court considered the function of the Public Service Staff Relations Board in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, *supra*. At pp. 659-63 I considered its role and the scope of curial deference which should be accorded to it. In that case, I noted, at pp. 659-60:

... the Board is given broad powers to consider and resolve a wide variety of problems that arise in the field of labour relations. The decisions of the Board are protected by a privative clause. The legislators clearly placed their trust and confidence in the Board and sought to protect its decisions in the sensitive domain of labour matters. . . . The purpose of the *Staff Relations Act* is to provide the means for achieving the speedy resolution of disputes between labour and management. In reaching its decisions, the Board will make use of the special skills of its members who are experienced and knowledgeable in the field of labour relations generally and particularly as labour relations issues existing between the Public Service and the Federal Government.

And further at p. 661:

It is apparent the Board's *raison d'être* is the resolution of labour management disputes that may erupt between

réaménagement des effectifs. Il s'agit donc d'un grief qu'un employé ne pouvait présenter individuellement. De plus, aucun employé ne pourrait faire exécuter le redressement sollicité en l'espèce.

^a Par exemple, les griefs faits par des employés à la suite de la privatisation du travail de membres de l'unité de négociation ne se rapportaient pas à l'obligation relative au recours à des entrepreneurs pour assurer certains services. Au contraire, les griefs des employés avaient trait à des questions qui ne concernaient qu'eux, soit, entre autres, des plaintes touchant leur formation. D'après ce que j'ai pu comprendre, il ressort de la Politique concernant le réaménagement des effectifs que c'est le groupe d'employés tout entier qui est censé en bénéficier. Bien sûr, chaque employé en tirera des avantages de par son appartenance au groupe, mais c'est à l'ensemble des employés, c'est-à-dire au ^c syndicat ou à l'association d'employés, que la politique est censée profiter. ^d

Notre Cour a examiné la fonction de la Commission des relations de travail dans la fonction publique dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, précité. Aux pages 659 à 663, j'ai examiné son rôle et l'étendue de la retenue judiciaire qu'il convenait de manifester à son égard. J'ai écrit, aux pp. 659 et 660:

... la Commission se voit conférer des pouvoirs étendus d'examiner et de régler une grande variété de problèmes qui se posent dans le domaine des relations de travail. Les décisions de la Commission sont protégées par une clause privative. Le législateur a clairement accordé sa confiance à la Commission et a cherché à protéger ses décisions dans le domaine délicat des relations de travail. [. . .] La *Loi sur les relations de travail* a pour but de fournir le moyen de résoudre avec célérité les différends ouvriers-patronaux. Pour parvenir à ses décisions, la Commission recourt aux compétences spéciales de ses membres qui possèdent de l'expérience et des connaissances dans le domaine des relations de travail en général et, particulièrement, au sujet des questions de relations de travail qui existent entre la Fonction publique et le gouvernement fédéral.

J'ai ajouté, aux pp. 661 et 662:

^j Il ressort que la Commission a pour raison d'être de résoudre les différends ouvriers-patronaux qui peuvent

the Federal Government and its employees. The area of expertise of the Board is in the field of labour relations involving the Federal Government and its employees.

survenir entre le gouvernement fédéral et ses employés. Le domaine d'expertise de la Commission est dans le domaine des relations de travail entre le gouvernement fédéral et ses employés.

a

The Board has been given wide powers and the protection of a privative clause. Its members are experienced and skilled in the field of labour relations. The legislator made it clear that labour disputes, such as those presented in this case, were to be resolved by the Board. The Court should not be quick to interfere.

La Commission a obtenu des pouvoirs étendus ainsi que la protection d'une clause privative. Ses membres sont expérimentés et compétents dans le domaine des relations de travail. Le législateur a établi clairement que les conflits de travail, comme ceux qui se présentent en l'espèce, devaient être réglés par la Commission. La Cour ne devrait pas s'empresse d'intervenir.

b

These statements were not rejected by Sopinka J. writing for the majority. At page 628 of his reasons, he confirmed that with regard to the standard of review he was in general agreement with the principle I had put forward.

Le juge Sopinka, qui a rédigé les motifs des juges majoritaires, n'a pas rejeté ces déclarations. À la page 628 de ses motifs, il exprime son accord général avec le principe que j'ai posé quant à la norme de contrôle.

c

d

A consideration of the Board's empowering legislation makes it clear that it has been given extensive powers to consider and resolve a wide variety of labour problems. The Board's decisions are protected by a broadly worded privative clause. Parliament has clearly put its trust in the Board to deal with issues arising in the sensitive domain of labour relations within the public service. The Board's members are experienced and skilled in the field of labour relations. Sections 92 and 99 of the Act set out the basis for and the parameters of the jurisdiction of the Board. In the sense that these sections define the jurisdiction of the Board with regard to the matters they describe, the Board had to be correct that it had the jurisdiction to consider the issues presented to it on the reference. In my view, the Board was correct in finding that the provisions of its empowering legislation clearly indicated that it would have jurisdiction to consider this very issue.

Il est évident à l'examen de la loi habilitante de la Commission que de vastes pouvoirs lui ont été attribués pour ce qui est de l'examen et du règlement d'une grande variété de problèmes en matière de relations du travail. Les décisions de la Commission sont protégées par une clause privative de large portée. Le législateur a visiblement fait confiance à la Commission pour le règlement des questions qui se posent dans le domaine délicat que sont les relations du travail au sein de la fonction publique. Les membres de la Commission sont expérimentés et compétents dans ce domaine. Les articles 92 et 99 *LRTFP* établissent le fondement et les paramètres de la compétence de la Commission. En ce sens que ces articles précisent la compétence de la Commission pour ce qui est des questions qu'ils décrivent, la Commission a certainement eu raison de décider qu'elle était habilitée à examiner les questions qui lui étaient renvoyées. À mon avis, c'est à bon droit qu'elle a conclu que les dispositions de sa loi habilitante indiquent clairement sa compétence en cette matière.

e

f

g

h

i

On the first issue, I would find that the Board correctly assumed jurisdiction. It now remains to be decided if its determination of the issue of the violation of the collective agreement was patently unreasonable.

En ce qui concerne la première question, j'estime que c'est à bon droit que la Commission s'est jugée compétente en la matière. Reste donc à déterminer si sa décision sur la question de la violation de la convention collective était manifestement déraisonnable.

j

Was The Decision of the Board Patently Unreasonable?*Interpretation of the Work Force Adjustment Policy*

In this case the contract employees did the same work, on the same equipment, in the same premises as had the union employees. However, it must be emphasized that this case does not deal with the right of the employer to contract out the work. This right has been recognized by the parties, by the Board in its decision and by the majority of the Federal Court of Appeal. What must be determined is whether, in the circumstances, the employer complied with the obligations it undertook by the terms of the Work Force Adjustment Policy.

The interpretation of the Work Force Adjustment Policy by the Board was not patently unreasonable or, put another way, clearly irrational. The appellant contended that the Board's decision in finding that any act of privatization or contracting out is contrary to the spirit of and logically inconsistent with the policy was patently unreasonable. Yet, the Board's decision does not in fact prevent contracting out. The issue before the Board was whether the contracting out of services in the circumstances of this case constituted a violation of the Work Force Adjustment Policy which was incorporated into the Master Agreement.

The Policy sets out a comprehensive series of job security protections based upon the parties' clear intention to preserve the employment status of public servants, particularly those public servants who are indeterminate employees, whenever possible. The most important parts of the Policy to be considered for these purposes are these which I will set out again here for ease of reference:

La décision de la Commission était-elle manifestement déraisonnable?*Interprétation de la Politique concernant le réaménagement des effectifs*

En l'espèce, les employés contractuels faisaient le même travail, avec le même matériel et dans les mêmes locaux que les employés syndiqués. Il faut toutefois souligner qu'il n'est pas question dans la présente affaire du droit de l'employeur de conclure des marchés de service. Ce droit a été reconnu par les parties, par la Commission dans sa décision et par les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale. Il s'agit ici de déterminer si, dans les circonstances, l'employeur s'est conformé aux obligations auxquelles il s'est engagé dans la Politique concernant le réaménagement des effectifs.

La Commission n'a pas donné à la Politique concernant le réaménagement des effectifs une interprétation manifestement déraisonnable ou, pour le formuler autrement, clairement irrationnelle. L'appelant estime manifestement déraisonnable la conclusion de la Commission que toute mesure de privatisation ou d'impartition est contraire à l'esprit de la politique et, sur la plan de la logique, incompatible avec celle-ci. Pourtant, dans les faits, la décision de la Commission n'empêche nullement l'impartition. La Commission était saisie de la question de savoir si, dans les circonstances de la présente affaire, le recours à des entrepreneurs pour assurer certains services constituait une violation de la Politique concernant le réaménagement des effectifs, laquelle a été incorporée dans la convention cadre.

La politique renferme un ensemble exhaustif de dispositions protectrices en matière de sécurité d'emploi. Ces dispositions s'inspirent de l'intention non équivoque des parties de préserver, autant que possible, les emplois des fonctionnaires, particulièrement de ceux nommés pour une période indéterminée. Les parties de la politique qui importent le plus aux fins de la présente analyse sont les suivantes, que, par souci de commodité, je reproduis à nouveau:

1. INTRODUCTION

1.1 WORK FORCE ADJUSTMENT situations may occur in the Public Service. Reasons may include, but are not restricted to, expenditure constraints, new legislation, program changes, reorganizations, technological change, productivity improvement, elimination or reduction of programs, cessation or reduction of operations in one or more locations, decentralization, relocation, privatization of government programs, and transfer of programs to other levels of government or interest groups.

1.2 As a direct result of a WORK FORCE ADJUSTMENT situation, a deputy head may decide that the services of one or more indeterminate employees will no longer be required beyond a specified date because of lack of work or because of the discontinuance of a function.

1.3 The purpose of this policy is to minimize the impact of WORK FORCE ADJUSTMENT situations on indeterminate employees and to ensure that, wherever possible, alternate employment opportunities are provided TO AFFECTED EMPLOYEES.

2. DEFINITIONS

REDEPLOYMENT: The appointment of an AFFECTED EMPLOYEE, a SURPLUS EMPLOYEE, or a LAID-OFF PERSON to a position for which he or she is QUALIFIED.

WORK FORCE ADJUSTMENT: A situation which occurs when a deputy head or DELEGATED OFFICER decides that the services of one or more indeterminate employees will no longer be required beyond a specified date because of lack of work or because of the discontinuance of a function. . .

3. POLICY

It is the policy of the Treasury Board that indeterminate employees whose services will no longer be required because of lack of work or the discontinuance of a function and who are suitable for appointment, shall, as far

1. INTRODUCTION

1.1 Il peut survenir des cas de RÉAMÉNAGEMENT DES EFFECTIFS dans la Fonction publique, notamment pour une des raisons suivantes: compression des dépenses, nouvelle mesure législative, modification de programmes, réorganisations, changements d'ordre technologique, amélioration de la productivité, suppression ou réduction de programmes, cessation ou réduction des opérations dans une ou plusieurs localités, décentralisation, réinstallation, privatisation de programmes gouvernementaux et transfert de programmes à d'autres niveaux de gouvernement ou à d'autres groupes d'intérêts.

1.2 Comme conséquence directe d'un RÉAMÉNAGEMENT DES EFFECTIFS, un sous-chef peut juger que les services d'un ou de plusieurs employés nommés pour une période indéterminée ne seront plus requis après une certaine date en raison d'un manque de travail ou de la suppression d'une fonction.

1.3 La présente politique a pour but de réduire au minimum les répercussions d'un RÉAMÉNAGEMENT DES EFFECTIFS sur les employés nommés pour une période indéterminée et de faire en sorte que, dans la mesure du possible, d'autres possibilités d'emploi soient offertes aux EMPLOYÉS TOUCHÉS.

2. DÉFINITIONS

RÉAFFECTATION: La nomination d'un EMPLOYÉ TOUCHÉ, d'un EMPLOYÉ EXCÉDENTAIRE ou d'une PERSONNE MISE EN DISPONIBILITÉ à un poste pour lequel il est QUALIFIÉ.

RÉAMÉNAGEMENT DES EFFECTIFS: Cette situation se produit lorsqu'un sous-chef ou son AGENT DÉLÉGUÉ décide que les services d'un ou de plusieurs employés nommés pour une période indéterminée ne seront plus requis au delà d'une certaine date en raison d'un manque de travail ou de la suppression d'une fonction. . .

3. POLITIQUE

Le Conseil du Trésor a pour politique de réaffecter, dans la mesure du possible, à un poste vacant de la Fonction publique, les employés nommés pour une période indéterminée dont les services ne sont plus requis en raison

as is practicable, be redeployed to positions in the Public Service which are or which become vacant and for which they are qualified in the opinion of the PSC or for which they would be able to qualify with RETRAINING under specified conditions (see Section 8). Departments shall endeavour to provide at least six months' surplus notice but, with the prior approval of the Secretary of the Treasury Board, may provide less than six months', but not less than four months', surplus notice.

. . .

5. ROLES AND RESPONSIBILITIES

5.1 Departments shall:

. . .

5.1.2 review their use of employees appointed for specified periods (term employees) and their use of contracted services and should terminate them where such action would facilitate the REDEPLOYMENT OF AFFECTED EMPLOYEES, SURPLUS EMPLOYEES, OR LAID-OFF PERSONS;

. . .

6. HUMAN RESOURCE PLANNING

. . .

6.2 Factors to consider in developing a human resource plan include, but are not restricted to, the following:

. . .

(d) placement possibilities through the termination of specified period appointments and/or contracts for services;

While the Policy does not require termination of contracting out in general, the Policy is not silent on this issue either. Section 5.1.2 deals specifically with termination of contract services. The English version expressly states that certain contracts "should" be terminated in certain situations. The French version is even stronger. It states:

d'un manque de travail ou de la suppression d'une fonction et qui, selon la CFP, ont ou pourraient acquérir, en suivant un programme de RECYCLAGE, les qualifications nécessaires (voir la section 8). Les ministères s'efforceront de donner un avis d'au moins six mois aux employés excédentaires; avec l'approbation préalable du secrétaire du Conseil du Trésor, cet avis peut être de moins de six mois mais ne peut être inférieur à quatre mois.

a

. . .

5. RÔLES ET RESPONSABILITÉS

c 5.1 Les ministères doivent:

. . .

5.1.2 revoir la façon dont ils utilisent les services des employés nommés pour une période déterminée et les marchés de services, et y mettre fin si cela est de nature à faciliter la RÉAFFECTATION des EMPLOYÉS TOUCHÉS, des EMPLOYÉS EXCÉDENTAIRES et des PERSONNES MISES EN DISPONIBILITÉ;

e

. . .

6. PLANIFICATION DES RESSOURCES HUMAINES

f

. . .

6.2 Voici quelques-uns des facteurs dont il faut tenir compte au moment d'établir un plan d'utilisation des ressources humaines:

g

. . .

d) les possibilités de placement qui résulteraient de la fin des nominations pour une période déterminée et (ou) des marchés de services;

h

Quoi qu'elle n'exige pas la cessation de l'impartition en général, c'est un point sur lequel la politique n'est pas silencieuse. L'article 5.1.2 traite explicitement de la cessation du recours aux marchés de services. La version anglaise dit expressément qu'il devrait («*should*») être mis fin à certains contrats dans certaines situations. La version française est encore plus formelle. Elle porte, en effet, rappelons-le:

j

5. RÔLES ET RESPONSABILITÉS5.1 Les ministères doivent:

5.1.2 revoir la façon dont ils utilisent les services des employés nommés pour une période déterminée et les marchés de services, et y mettre fin si cela est de nature à faciliter la RÉAFFECTATION des EMPLOYÉS TOUCHÉS, des EMPLOYÉS EXCÉDENTAIRES et des PERSONNES MISES EN DISPONIBILITÉ; [Emphasis added.]

According to the French version of s. 5.1.2 certain contracts “must” (“doivent”) be terminated in those circumstances. At the very least contracting out must be scrutinized according to the Policy. It is equally clear that there are some restrictions attached to a decision to use contract services. I agree with the decision of the Board that the intent of the Policy is that indeterminate employees can rely on the termination of contracting out in order to protect their jobs. It certainly cannot be said that the Board’s interpretation was patently unreasonable.

The appellant argues that s. 29 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, is pertinent to this case. It reads:

29. (1) Where the services of an employee are no longer required because of lack of work or because of the discontinuance of a function, the deputy head, in accordance with the regulations of the Commission, may lay off the employee.

Yet the right to lay off employees is confirmed in the Policy. It provides that workers may be laid off in the event that there is a genuine lack of work or discontinuance of function. The appellant contends that contracting out can be considered a discontinuance of function and relies upon *Mudarth v. Canada (Minister of Public Works)*, [1989] 3 F.C. 371 (T.D.), aff’d (1990), 113 N.R. 159 (F.C.A.), and *Gonthier v. Canada* (1986), 77 N.R. 386 (F.C.A.). Neither of these cases dealt specifically with the issue of contracting out. Rather, in both, departments within the federal public service were reduced in size resulting in legitimate lay-offs

5. RÔLES ET RESPONSABILITÉS5.1 Les ministères doivent:

5.1.2 revoir la façon dont ils utilisent les services des employés nommés pour une période déterminée et les marchés de services, et y mettre fin si cela est de nature à faciliter la RÉAFFECTATION DES EMPLOYÉS TOUCHÉS, des EMPLOYÉS EXCÉDENTAIRES et des PERSONNES MISES EN DISPONIBILITÉ; [Je souligne.]

D’après la version française de l’art. 5.1.2, il doit être mis fin à certains contrats dans les circonstances mentionnées. Tout au moins, la politique exige que le recours à l’impartition fasse l’objet d’un examen. De même, il est évident que la décision de recourir aux marchés de services est soumise à certaines restrictions. Je souscris à la décision de la Commission que la politique vise à faire en sorte que les employés nommés pour une période indéterminée puissent compter sur la cessation de l’impartition pour que leurs emplois soient protégés. L’interprétation de la Commission ne peut certainement pas être qualifiée de manquement déraisonnable.

L’appellant prétend que l’art. 29 de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, est pertinent en l’espèce:

29. (1) L’administrateur général peut, en conformité avec les règlements de la Commission, mettre en disponibilité le fonctionnaire dont les services ne sont plus nécessaires faute de travail ou par suite de la suppression d’une fonction.

Le droit de mettre des employés en disponibilité est toutefois confirmé dans la politique, car elle permet la mise en disponibilité d’employés lorsqu’il y a vraiment un manque de travail ou qu’une fonction est réellement supprimée. L’appellant soutient que l’impartition peut être assimilée à la suppression d’une fonction et invoque à l’appui de cette thèse l’arrêt *Mudarth c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1989] 3 C.F. 371 (1^{re} inst.), conf. par (1990), 113 N.R. 159 (C.A.F.), et l’arrêt *Gonthier c. Canada* (1986), 77 N.R. 386 (C.A.F.). Toutefois, ni l’un ni l’autre ne traite directement de l’impartition puisqu’il s’agissait dans les deux cas

under s. 29. As a result, neither case is particularly helpful in resolving the case at bar.

Flieger v. New Brunswick (1991), 125 N.B.R. (2d) 228, leave to appeal granted [1992] 2 S.C.R. vi, dealt with two highway patrolmen who were laid off following the contracting out of highway patrol functions to the RCMP. The New Brunswick Court of Appeal had to consider s. 26(1) of the *Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1, which states:

26(1) When the services of an employee are no longer required because of lack of work or because of the discontinuance of a function, the deputy head, in accordance with regulations made by the Board, may lay off the employee. [Emphasis added.]

The Court noted the similarity of s. 26 of the New Brunswick Act to s. 29 of the federal *Public Service Employment Act* and held that there had been a discontinuance of function. However, that case as well can be distinguished. In *Flieger* the officers were not subject to a collective agreement. The New Brunswick Court of Appeal did not accept a distinction between the use of internal workers to replace terminated employees and the contracting out to external workers. Yet it stated that this argument might perhaps have been accepted had there been a collective agreement which restricted contracting out work. Such was not the case in *Flieger* but is obviously the situation on the facts before us.

Flieger does cite one relevant case, *Transport Guilbault Inc. v. Scott*, F.C.A., No. A-618-85, May 21, 1986, leave to appeal refused [1987] 1 S.C.R. xiii. In that case the Federal Court of Appeal interpreted the meaning of "discontinuance of function" as used in s. 61.5(3) of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, which provides:

61.5 ...

de compressions au sein de la fonction publique fédérale, ce qui a amené des mises en disponibilité légitimes en vertu de l'art. 29. Par conséquent, aucune de ces deux affaires ne nous aide particulièrement à trancher le présent litige.

L'arrêt *Flieger c. Nouveau-Brunswick* (1991), 125 R.N.-B. (2^e) 228, autorisation de pourvoi accordée [1992] 2 R.C.S. vi, concerne deux patrouilleurs routiers mis en disponibilité après que la fonction de patrouille routière eut été confiée à la GRC. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick avait à examiner le par. 26(1) de la *Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, qui porte:

26(1) Lorsque le manque de travail ou la suppression d'une fonction rend les services d'un employé inutiles, l'administrateur général peut, conformément aux règlements du Conseil, licencier l'employé. [Je souligne.]

La cour, faisant remarquer la similarité de l'art. 26 de la Loi du Nouveau-Brunswick et de l'art. 29 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* du fédéral, a statué qu'il y avait eu suppression d'une fonction. Cette affaire peut toutefois, elle aussi, être distinguée d'avec la présente espèce. Dans l'affaire *Flieger*, les agents n'étaient pas assujettis à une convention collective. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick n'a pas admis qu'une distinction se fasse entre le recours à des employés internes pour remplacer les employés licenciés et le recours à des employés de l'extérieur. Elle a dit cependant que cet argument aurait peut-être été retenu s'il y avait eu une convention collective limitant l'impartition. Tel n'était pas le cas dans l'affaire *Flieger*, mais, évidemment, il en est tout autrement en l'espèce.

Un arrêt pertinent est toutefois cité dans l'arrêt *Flieger*. Il s'agit de l'arrêt *Transport Guilbault Inc. c. Scott*, C.A.F. n° A-618-85, 21 mai 1986, autorisation de pourvoi refusée [1987] 1 R.C.S. xiii. Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale a interprété l'expression «cessation d'une fonction» employée au par. 61.5(3) du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, qui dispose:

61.5 ...

(3) No complaint shall be considered by an adjudicator under subsection (8) in respect of a person where

(a) the person has been laid off because of lack of work or because of the discontinuance of a function; . . . ^a

The adjudicator had held that a discontinuance of function could not result from a decision by an employer to contract out work. In overturning this decision Pratte J.A. stated: ^b

The discontinuance of a function within the meaning of s. 61.5(3)(a) is discontinuance of a function within a given employer's business. Such discontinuance may result from a decision made by the employer to give work done till then by its employees to a contractor. Provided that decision is genuine and there is nothing artificial about it, s. 61.5(3)(a) cannot be interpreted otherwise without unduly limiting the employer's freedom to plan and organize its business as it wishes. ^c

In my opinion, there is nothing in the Board's interpretation which is inconsistent with this judgment. Neither the Board in the present case, nor the decision of Mahoney J.A. in the Court of Appeal, held that the Work Force Adjustment Policy precluded contracting out. Section 29 will undoubtedly apply to some instances of contracting out. However, in the present case the so-called contracted employees engaged in exactly the same work, on the same premises, with the same equipment, and carried out the very same instructions as had the indeterminate employees prior to the contracting out. The only change was that the new employer was now the contractor rather than the Public Service. This, in my opinion, cannot constitute a discontinuance of function. This however does not mean that there could not be cases of contracting out that would legitimately comprise a discontinuance of function and which would therefore permit lay-offs under s. 29. ^d

It should be noted that in the *Transport Guilbault* case there was no obligation resting upon the employer in the event of contracting out. ^e

(3) Aucune plainte ne peut être examinée par un arbitre dans le cadre du paragraphe (8) lorsqu'une des situations suivantes se présente:

a) le plaignant a été mis à pied par suite de manque de travail ou de la cessation d'une fonction; ^a

L'arbitre avait conclu que la cessation d'une fonction ne pouvait résulter de la décision de l'employeur de confier du travail à un entrepreneur. En infirmant la décision de l'arbitre, le juge Pratte a dit:

La cessation d'une fonction, au sens de l'alinéa 61.5(3)a), c'est la cessation d'une fonction au sein de l'entreprise d'un employeur donné. Cette cessation peut résulter de la décision prise par cet employeur de confier à un entrepreneur les travaux qu'il faisait jusque-là accomplir par ses employés. Dès lors que cette décision est réelle et n'a rien de simulé, on ne saurait interpréter autrement l'alinéa 61.5(3)a) sans limiter indûment la liberté de l'employeur de structurer et organiser son entreprise comme il l'entend. ^b

À mon avis, l'interprétation de la Commission n'est nullement incompatible avec cet arrêt. En l'espèce, ni la Commission ni le juge Mahoney de la Cour d'appel fédérale n'a dit que la Politique concernant le réaménagement des effectifs excluait le recours aux entrepreneurs. Sans doute l'art. 29 s'appliquera-t-il à certains cas d'impartition, mais, dans la présente affaire, les employés dits contractuels faisaient exactement le même travail, dans les mêmes locaux, avec le même matériel et exécutaient les mêmes instructions que l'avaient fait antérieurement à l'impartition les employés nommés pour une période indéterminée, à cette seule différence près que le nouvel employeur était l'entrepreneur plutôt que la fonction publique. Voilà qui, selon moi, ne peut constituer la suppression d'une fonction. Cela ne veut toutefois pas dire qu'il ne pourrait pas y avoir de cas de recours à un entrepreneur qui entraîneraient légitimement la suppression d'une fonction et qui, en conséquence, justifieraient des mises en disponibilité en vertu de l'art. 29. ^c

Il convient de signaler que dans l'affaire *Transport Guilbault*, l'employeur n'avait aucune obligation s'il avait recours à des marchés de service. ^d

It is this feature as much as any other which distinguishes that case from the one under consideration.

What must be remembered is that in this case the Policy imposes an obligation on the employer in the event of contracting out. This obligation was correctly articulated by the Board:

The employer had an obligation under the Policy to review and when possible terminate contracting out arrangements in order to ensure the continued employment of indeterminate employees within the Public Service. [Emphasis added.]

In my opinion the Board's finding that the employer failed to carry out this obligation in the instant case can certainly not be characterized as patently unreasonable.

As stated by Mahoney J.A., at pp. 442-43:

The Policy does not prohibit contracting out but it does contemplate that, to facilitate redeployment of "affected", "surplus" or "laid-off" personnel, the employer will, *inter alia*, review and terminate its use of contracted services. That requirement is utterly inconsistent with an intention to permit the creation of "affected", "surplus" or "laid-off" personnel by contracting out the very jobs that they have been doing. By definition, a "Work Force Adjustment" occurs when management decides that one or more indeterminate employees will no longer be required because of "lack of work" or "a discontinuance of a function". It cannot, in my view, be said that the services of an employee whose job has been contracted out are not required because of lack of work or the discontinuance of a function. That employee is not required only because the job has been contracted out. The work remains to be done and the function continues. The Vice-Chairman did not err in his determination that the employer's conduct was contrary to both the letter and spirit of the Work Force Adjustment Policy. [Emphasis added.]

Rather than attempting to safeguard jobs of indeterminate employees, the employer set out to reduce the number of such employees by contracting out the identical tasks which they were

C'est cet élément autant que n'importe quel autre qui permet de faire une distinction entre cette affaire et la présente espèce.

Il faut se rappeler qu'en l'espèce la politique impose à l'employeur une obligation dans le cas du recours à un entrepreneur, obligation que la Commission a su formuler avec exactitude:

La Politique obligeait l'employeur à réexaminer la sous-traitance et, lorsque c'était possible, à y mettre fin afin de préserver les emplois des fonctionnaires nommés pour une période indéterminée au sein de la fonction publique.

À mon avis, la conclusion de la Commission qu'en l'espèce l'employeur a manqué à cette obligation ne peut certainement pas être qualifiée de manifestement déraisonnable.

Comme l'a dit le juge Mahoney, aux pp. 442 et 443:

Cette politique n'interdit pas l'impartition mais prévoit que, pour faciliter la réaffectation des employés «touchés», «excédentaires» ou «mis en disponibilité», l'employeur réexaminera le recours aux marchés de services et y mettra fin, entre autres. Cette obligation s'oppose absolument à l'intention de permettre la création d'employés «touchés», «excédentaires» ou «mis en disponibilité» en confiant à l'extérieur les tâches mêmes dont ils assuraient l'exécution. Par définition, il y a «réaménagement des effectifs» lorsque la haute direction décide qu'un ou plusieurs employés nommés pour une période indéterminée ne seront plus requis en raison d'un «manque de travail» ou de «la suppression d'une fonction». On ne saurait, à mon avis, dire d'un employé dont la tâche a été confiée à l'extérieur que ses services ne sont plus nécessaires faute de travail ou par suite de la suppression d'une fonction. Ses services ne sont plus requis parce que la fonction a été confiée aux entrepreneurs de l'extérieur. La tâche reste à accomplir et la fonction continue d'exister. Le vice-président de la Commission n'a pas commis une erreur en concluant que la conduite de l'employeur violait et la lettre et l'esprit de la Politique concernant le réaménagement des effectifs. [Je souligne.]

Plutôt que de tenter de préserver les emplois d'employés nommés pour une période indéterminée, l'employeur s'est mis en devoir de réduire le nombre de ces employés en confiant à un entrepre-

employed to do. This was contrary to the obligation set out in the Policy.

The Board's interpretation is amply supported by the evidence. The conclusion reached by the Board is one that the language it was interpreting would reasonably bear. The decision of the Board, a specialized tribunal with broad powers protected by a privative clause, in interpreting the legislation was clearly not patently unreasonable. The Court should not interfere in its decision.

Disposition

In the result, the appeal is dismissed and the order of the Board confirmed.

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

L'HEUREUX-DUBÉ J.—I have read the reasons of my colleague Justice Cory, and agree with him that the Public Service Staff Relations Board ("the Board") did not make a patently unreasonable decision in finding that the appellant contravened the terms of its collective agreement with the respondent. However, I differ from him regarding the standard to apply to the question of whether or not the Board had the jurisdiction to determine the reference submitted to it by the respondent.

Section 99 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, allows an employer or bargaining agent to refer a matter to the Board where the obligation at issue is not one which could be enforced through an employee grievance. If the obligation could be enforced through an employee grievance, the matter can appropriately be brought under s. 92. If the obligation is owed to the bargaining unit as a whole, a s. 99 reference is appropriate. In either event, the Board must necessarily determine to whom the obligation is owed. The question before the Court is this: To what standard will the Board be held in making this

neur de l'extérieur des tâches identiques à celles de ces derniers. C'était là un manquement à l'obligation énoncée dans la politique.

L'interprétation de la Commission est largement étayée par la preuve. Elle a tiré une conclusion que pouvait raisonnablement admettre le texte qu'elle interprétait. De toute évidence, la Commission, un tribunal spécialisé investi de larges pouvoirs protégés par une clause privative, a rendu en interprétant les dispositions législatives en question une décision qui n'était manifestement pas déraisonnable. Notre Cour ne devrait donc pas modifier cette décision.

Dispositif

En définitive, le pourvoi est rejeté et l'ordonnance de la Commission est confirmée.

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

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Cory, et je conviens avec lui que la Commission des relations de travail dans la fonction publique (la «Commission») n'a pas rendu une décision manifestement déraisonnable en concluant que l'appellant a contrevenu aux termes de la convention collective intervenue avec l'intimée. Je diverge toutefois d'opinion avec lui quant au test applicable relativement à la question de savoir si la Commission avait compétence pour statuer sur le renvoi dont l'a saisie l'intimée.

L'article 99 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, autorise un employeur ou un agent négociateur à renvoyer une affaire à la Commission lorsque l'obligation en jeu n'en est pas une qui puisse faire l'objet d'un grief de la part d'un fonctionnaire. Dans l'hypothèse contraire, c'est l'art. 92 qu'il convient d'appliquer. S'il s'agit d'une obligation envers l'ensemble de l'unité de négociation, il peut y avoir un renvoi en vertu de l'art. 99. Dans l'un et l'autre cas, la Commission doit nécessairement décider qui est créancier de l'obligation. La question devant nous est donc la suivante: À quelle

decision? Is this a matter on which the Board must be correct, or is it a matter within the jurisdiction of the Board, and to which the patently unreasonable standard will apply?

To answer this question, I adopt the pragmatic and functional approach discussed in my reasons in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554. Using that approach, first articulated by Beetz J. in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1088:

... the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal.

I first turn to the wording of s. 99, reproduced here for convenience:

99. (1) Where the employer and a bargaining agent have executed a collective agreement or are bound by an arbitral award and the employer or the bargaining agent seeks to enforce an obligation that is alleged to arise out of the agreement or award, and the obligation, if any, is not one the enforcement of which may be the subject of a grievance of an employee in the bargaining unit to which the agreement or award applies, either the employer or the bargaining agent may, in the prescribed manner, refer the matter to the Board.

(2) Where a matter is referred to the Board pursuant to subsection (1), the Board shall hear and determine whether there is an obligation as alleged and whether, if there is, there has been a failure to observe or to carry out the obligation.

Section 99(2) gives the Board the jurisdiction to determine whether there is an obligation "as alleged" in s. 99(1). Unfortunately, the language of s. 99(1) is capable of bearing two very different interpretations. On one reading, the issue of whether or not the obligation could be enforced through an employee grievance remains outside the Board's jurisdiction. It is, so to speak, a preliminary question on which the Board must be correct. Taking this interpretation, the Board would have

norme la Commission doit-elle être tenue en rendant sa décision sur ce point? S'agit-il d'une question où la Commission ne peut faire d'erreur ou bien d'une question qui relève de sa compétence, de sorte que s'applique la norme du caractère manifestement déraisonnable?

En réponse à cette question, j'adopte l'approche pragmatique et fonctionnelle discutée dans mon opinion dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554. Utilisant cette approche, énoncée pour la première fois par le juge Beetz dans l'affaire *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1088:

... la Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal.

Je me reporte d'abord au texte de l'art. 99, que, par souci de commodité, je reproduis ci-après:

99. (1) L'employeur et l'agent négociateur qui ont signé une convention collective ou sont liés par une décision arbitrale peuvent, dans les cas où l'un ou l'autre cherche à faire exécuter une obligation qui, selon lui, découlerait de cette convention ou décision, renvoyer l'affaire à la Commission, dans les formes réglementaires, sauf s'il s'agit d'une obligation dont l'exécution peut faire l'objet d'un grief de la part d'un fonctionnaire de l'unité de négociation visée par la convention ou la décision.

(2) Après avoir entendu l'affaire qui lui est renvoyée au titre du paragraphe (1), la Commission se prononce sur l'existence de l'obligation alléguée et, selon le cas, détermine s'il y a eu ou non manquement.

Aux termes du par. 99(2), la Commission a compétence pour se prononcer sur l'existence d'une obligation «alléguée» visée au par. 99(1). Malheureusement, le texte du par. 99(1) admet deux interprétations très différentes. Selon l'une de ces interprétations, la question de savoir s'il s'agit d'une obligation dont l'exécution peut faire l'objet d'un grief de la part d'un fonctionnaire échappe à la compétence de la Commission. Il s'agit, pour ainsi dire, d'une question préliminaire au sujet de

the jurisdiction to determine whether or not an obligation existed, but not to determine "to whom" that obligation was owed.

However, it is also possible to interpret s. 99(1) as giving the Board the jurisdiction to determine not only whether or not there is an obligation arising out of a collective agreement, but also whether or not it is an obligation which could be enforced through an employee grievance. On this second interpretation, the question of "to whom" the obligation was owed would be within the jurisdiction of the Board, and the patently unreasonable test would apply to the Board's determination.

In my view, s. 99 is capable of bearing both interpretations, and the section thus does not provide a definitive answer to the question posed by Beetz J. in *Bibeault*, *supra*, at p. 1087: "Did the legislator intend the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal?" To determine which of these two interpretations is more appropriate, the Court must consider the other factors that inform the pragmatic approach.

I agree with the comments of my colleague concerning the Board's empowering legislation, and its broad and extensive powers. By according the Board's decisions the protection of a broadly worded privative clause, Parliament made express its intention that these decisions be accorded a great deal of deference. The expertise of the Board and its members further supports the proposition that the grant of jurisdiction in s. 99 was intended to be broad rather than more narrow.

The expertise of the Board is particularly important in light of the nature of the question to be answered. The question of "to whom" an obligation is owed cannot be meaningfully separated from the question of whether or not the obligation itself exists. It is clear that the Board has the exper-

laquelle la Commission ne saurait faire d'erreur. Suivant cette interprétation, la Commission aurait compétence pour se prononcer sur l'existence ou l'inexistence d'une obligation, mais non pour décider «qui» est créancier de cette obligation.

Toutefois, il est aussi possible d'interpréter le par. 99(1) comme conférant à la Commission la compétence de décider non seulement s'il existe ou non une obligation découlant de la convention collective, mais aussi si cette obligation en est une dont l'exécution peut faire l'objet d'un grief de la part d'un fonctionnaire. Selon cette seconde interprétation, la question de savoir «qui» est créancier de l'obligation relèverait de la compétence de la Commission, si bien que sa décision serait assujettie au test du caractère manifestement déraisonnable.

À mon avis, l'art. 99 peut admettre les deux interprétations et ne permet donc pas de répondre définitivement à la question posée par le juge Beetz dans l'affaire *Bibeault*, précitée, à la p. 1087: «Le législateur a-t-il voulu qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal?» Afin de déterminer laquelle de ces deux interprétations est la plus appropriée, la Cour doit considérer les autres éléments que comporte l'approche pragmatique.

Je souscris aux observations de mon collègue concernant la loi habilitante de la Commission et les pouvoirs vastes et étendus dont elle l'investit. En accordant aux décisions de la Commission la protection d'une clause privative extensive, le Parlement a expressément manifesté son intention que les tribunaux fassent preuve d'une grande retenue à l'égard de ces décisions. L'expertise de la Commission et de ses membres vient étayer davantage la proposition selon laquelle l'attribution de compétence à l'art. 99 se voulait large plutôt que plus restreinte.

L'expertise de la Commission revêt une importance particulière compte tenu de la nature de la question à trancher. En effet, il est impossible de dissocier valablement la question de savoir «qui» est créancier de l'obligation de celle de l'existence même de l'obligation. Il est évident que la Com-

tise and jurisdiction to determine whether or not the obligation exists. In my opinion, the very skills that enable the Board to make this determination are the same skills that would assist them in determining to whom the obligation was owed. This seems to be a question which lies at the centre of their specialized expertise.

In my view, when all these factors are considered, the question of whether or not a matter is properly brought under s. 99 is one which is within the jurisdiction of the Board, and the Court should defer to the Board's decision to the extent that it is not patently unreasonable. In the case before the Court, I find that the Board was not patently unreasonable in concluding that the obligation was the type which could properly form the basis of a s. 99 reference.

Though I differ from Cory J. with respect to the appropriate standard on the issue of the jurisdiction to determine the reference, I am in complete agreement with his disposition of the case, and would, as does he, dismiss the appeal and restore the order of the Board.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Raven, Jewitt & Allen, Ottawa.

mission possède l'expertise et la compétence voulues pour se prononcer sur l'existence ou l'inexistence de l'obligation. Selon moi, c'est précisément cette expertise qui habilite la Commission à rendre cette décision qui est celle de nature à l'assister pour déterminer qui est le créancier de l'obligation. Il semble s'agir là d'une question qui est au cœur de sa spécialité.

À mon avis, quand on tient compte de tous ces facteurs, la question de savoir si une affaire relève légitimement de l'art. 99 ressortit effectivement à la Commission, et la Cour devrait faire preuve de retenue envers sa décision, dans la mesure où elle n'est pas manifestement déraisonnable. Dans l'affaire qui nous occupe, j'estime que la Commission n'a pas agi de façon manifestement déraisonnable en concluant qu'il s'agit d'une obligation qui pourrait à bon droit faire l'objet d'un renvoi fondé sur l'art. 99.

Quoique je ne partage pas l'avis du juge Cory concernant le test qu'il convient d'appliquer relativement à la question de la compétence pour statuer sur le renvoi, je suis entièrement d'accord avec lui quant au dispositif et, comme lui, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de rétablir l'ordonnance de la Commission.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Raven, Jewitt & Allen, Ottawa.

Catherine Peter *Appellant*

v.

William Beblow *Respondent*

INDEXED AS: PETER v. BEBLOW

File No.: 22258.

1992: November 12; 1993: March 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Family law — Trusts — Constructive trust — Long-term common law relationship — Unpaid homemaker — Homemaker maintaining and improving property — Whether proprietary link necessary to constructive trust established — Whether consideration to be given to the extent to which the remedy of constructive trust should be applied in terms of amount or proportion.

Trusts — Constructive trust — Long-term common law relationship — Unpaid homemaker — Homemaker maintaining and improving property — Whether proprietary link necessary to constructive trust established — Whether consideration to be given to the extent to which the remedy of constructive trust should be applied in terms of amount or proportion.

Appellant lived in a common law relationship with respondent for 12 years, doing the domestic work of the household and raising the children of their blended family without compensation. Respondent had purchased the house occupied by the couple and appellant had undertaken a number of projects—gardening, planting a hedge, painting—to maintain or better it during the relationship. During the course of the relationship respondent was able to pay off the mortgage on the house and to buy a houseboat and a van; appellant bought a lot with money earned outside the family unit. The house lay vacant after the parties separated.

The trial judge found that the respondent had been enriched, that appellant had not been compensated, and that there was no juristic reason for the enrichment. He awarded appellant the property. The Court of Appeal

Catherine Peter *Appelante*

c.

^a **William Beblow** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: PETER c. BEBLOW

N^o du greffe: 22258.

^b 1992: 12 novembre; 1993: 25 mars.

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

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

Droit de la famille — Fiducies — Fiducie par interprétation — Union de fait de longue durée — Personne au foyer non rémunérée — Entretien et amélioration de la propriété par la personne au foyer — Doit-on établir qu'il existe un lien avec le bien avant que puisse être accordée la fiducie par interprétation? — Y a-t-il lieu d'examiner quelle devrait être l'étendue de la fiducie par interprétation, sous le rapport du montant ou de la proportion?

Fiducies — Fiducie par interprétation — Union de fait de longue durée — Personne au foyer non rémunérée — Entretien et amélioration de la propriété par la personne au foyer — Doit-on établir qu'il existe un lien avec le bien avant que puisse être accordée la fiducie par interprétation? — Y a-t-il lieu d'examiner quelle devrait être l'étendue de la fiducie par interprétation, sous le rapport du montant ou de la proportion?

^g L'appelante a vécu dans une union de fait avec l'intimé pendant 12 ans, s'occupant des travaux domestiques et de l'éducation des enfants des deux familles réunies, sans recevoir de rémunération. L'intimé avait acheté la maison occupée par le couple, et l'appelante a mené à bien, pendant la durée de la relation, un certain nombre de projets—potager, haie, peinture—aux fins de l'entretien ou de l'amélioration de la propriété. Pendant la relation, l'intimé a pu éteindre l'hypothèque de la maison et acheter une caravane flottante et une fourgonnette; l'appelante a acheté un terrain avec de l'argent gagné à l'extérieur du foyer. La maison est demeurée vacante après la séparation des parties.

^h Le juge de première instance a conclu qu'il y avait eu enrichissement de l'intimé, que l'appelante avait été privée de toute indemnisation et qu'il n'existait aucun motif juridique à l'enrichissement. Il a accordé la pro-

allowed an appeal from this judgment. At issue here was whether the provision of domestic services during 12 years of cohabitation in a common law relationship is sufficient to establish the proprietary link which is required before the remedy of constructive trust can be applied to redress the unjust enrichment of one of the partners in the relationship. Further, consideration must be given to the extent to which the remedy of constructive trust should be applied in terms of amount or proportion.

Held: The appeal should be allowed.

Per La Forest, Sopinka, McLachlin and Iacobucci JJ.: The appropriate remedy—a monetary award or the imposition of a constructive trust—must only be decided once an unjust enrichment giving rise to restitution is established. The constructive trust is available where monetary damages are inadequate and where there is a link between the contribution that founds the action and the property in which the constructive trust is claimed.

In determining whether an unjust enrichment exists, policy considerations are to be considered under the head of absence of juristic reason for the unjust enrichment. Services given on the voluntary assumption of the role of wife and step-mother give rise to a remedy based on unjust enrichment. Generally, a common law spouse owes no duty at common law, in equity or by statute to perform work or services for the other party to the relationship. Homemaking and childcare services may, in a relationship, give rise to equitable claims against the other party. It is not unfair for a recipient of indirect or non-financial contributions to be forced to provide recompense for those contributions. Domestic services cannot logically be distinguished from other contributions. The test as to whether there is an unjust enrichment without juristic reason is flexible and the factors to be considered vary. No obligation arose here from the parties' circumstances and the elements giving rise to a legal gift were not present.

Equity finds a role where an injustice without a legal remedy exists. The courts can use the equitable doctrine of unjust enrichment to remedy the situation even though the legislature has chosen to exclude unmarried couples from the right to claim an interest in the matri-

priété à l'appelante. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté contre cette décision. Il s'agit en l'espèce de déterminer si la prestation de services domestiques pendant 12 ans de cohabitation dans le cadre d'une union de fait suffit pour établir le lien qui doit exister avec le bien avant que l'on puisse accorder la réparation qu'est la fiducie par interprétation dans le cas où il y a enrichissement sans cause de l'une des parties à l'union. Il faut également examiner quelle devrait être l'étendue de la fiducie par interprétation, sous le rapport du montant ou de la proportion.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, Sopinka, McLachlin et Iacobucci: Le choix de la réparation appropriée—une réparation d'ordre pécuniaire ou l'imposition d'une fiducie par interprétation—ne doit être effectué que lorsqu'est établi un enrichissement sans cause ouvrant droit à restitution. Le recours à la fiducie par interprétation existe lorsque le versement de dommages-intérêts n'est pas suffisant et qu'il y a un lien entre la contribution à la base de l'action et le bien qui serait grevé d'une fiducie par interprétation.

En déterminant s'il y a eu enrichissement sans cause, les questions de principe doivent être examinées sous le chapitre de l'absence de motif juridique à l'enrichissement. Les services fournis par une personne parce qu'elle a volontairement assumé le rôle d'épouse et de belle-mère donnent lieu à une réparation fondée sur l'enrichissement sans cause. Généralement, un conjoint de fait n'est pas tenu en common law, en *equity* ou par la loi de travailler pour son conjoint ou de lui fournir des services. Les services d'aide ménagère et de soins des enfants peuvent, dans une relation matrimoniale ou quasi matrimoniale, donner lieu à une réclamation en *equity* contre l'autre conjoint. Il n'est pas injuste pour le bénéficiaire de contributions indirectes ou non financières d'être forcé de fournir un dédommagement au titre de ces contributions. Les services domestiques ne peuvent en toute logique se distinguer des autres contributions. Le critère qui sert à déterminer s'il y a absence de motif juridique à l'enrichissement sans cause est souple et les facteurs dont il faut tenir compte varient. Aucune obligation ne découlait en l'espèce de la situation des parties et les caractéristiques d'un don en droit n'étaient pas présentes.

C'est dans les cas où une injustice ne peut pas être réparée en vertu de la loi que l'*equity* joue un rôle. Les tribunaux peuvent appliquer la théorie de l'enrichissement sans cause reconnue en *equity* pour remédier à la situation même si le législateur a choisi de priver les

monial assets on the basis of contribution to the relationship.

A direct link between the contribution and the property is essential for a constructive trust to arise, whether the situation be commercial or family. Unjust enrichment cases need not be categorized as commercial and family; no special rule exists for family cases. Clarity and doctrinal integrity mandate that the basic principles governing the rights and remedies for unjust enrichment remain the same for all cases. Even in a family situation, dispensing with the link between the services rendered and the property claimed to be subject to the trust would be inconsistent with the proprietary nature of the constructive trust. Insufficiency of a monetary award in a family situation, however, is usually linked to the fact the claimant's efforts have given him or her a special link to the property and give rise to a constructive trust. Although a minor or indirect contribution is insufficient to give rise to a constructive trust, the amount of the contribution governs the extent of the constructive trust once the threshold amount is met.

In assessing the value of a constructive trust, the "value survived" approach (the amount by which the property has been improved) is preferable to the "value received" approach (the value of the services which the claimant has rendered). Where the claim is for an interest in the property, the portion of the value of the property claimed and attributable to the claimant's services must be determined. The practical difficulty of calculating with mathematical precision the value of particular contributions to the family property favours a "value survived" approach.

Appellant's proper share of all the family assets—the house, houseboat, van, War Veteran's Allowance and a lot purchased by appellant—must be calculated. Her contribution to the family enterprise was considerable for it saved the respondent large sums of money which were used to pay off the mortgage and to accumulate family assets. The house reflected a fair approximation of the value of the appellant's efforts in acquiring the family assets.

couples non mariés du droit de réclamer sur les biens matrimoniaux un intérêt calculé par rapport à la contribution des parties.

L'existence d'une fiducie par interprétation dépend de l'existence d'un lien direct entre la contribution et le bien en question, en matière tant commerciale que familiale. Il n'est pas nécessaire de diviser les affaires d'enrichissement sans cause comme étant d'ordre commercial ou familial; il n'y a pas de règles spéciales applicables au contexte familial. Le souci de clarté et d'uniformité de la doctrine dans ce domaine veut que les principes fondamentaux régissant les droits et les réparations demeurent les mêmes dans tous les cas. Même dans un contexte familial, la notion voulant qu'il ne soit pas nécessaire d'établir un lien entre les services rendus et le bien revendiqué est incompatible avec la nature propriétaire de la fiducie par interprétation. En matière familiale, cependant, dans les cas où une indemnité n'est pas suffisante, c'est généralement parce que le plaignant a développé, par ses efforts, un lien spécial avec le bien en question, auquel cas il faut avoir recours à la fiducie par interprétation. Bien qu'une contribution mineure ou indirecte ne suffise pas à donner lieu à une fiducie par interprétation, c'est le montant de la contribution qui détermine l'étendue de la fiducie par interprétation, une fois remplie la condition du montant suffisant.

Aux fins de la détermination de la valeur d'une fiducie par interprétation, il faut préférer la méthode fondée sur la «valeur accumulée» (le montant de valorisation du bien) à celle de la «valeur reçue» (la valeur des services fournis par le requérant). Dans le cas où le requérant demande un intérêt sur le bien, il faut déterminer quelle part de la valeur du bien réclamé est imputable aux services du requérant. Vu qu'il est difficile en pratique de calculer avec une précision mathématique la valeur des contributions particulières apportées aux biens familiaux, il faut préférer une méthode fondée sur la «valeur accumulée».

Il faut calculer la part de l'appelante à l'égard de l'ensemble du patrimoine familial: la maison, la caravane flottante, la fourgonnette, les allocations aux anciens combattants et un terrain acheté par elle. Sa contribution à l'entreprise familiale a été considérable car elle a permis à l'intimé d'épargner d'importantes sommes d'argent qu'il a pu utiliser pour éteindre son hypothèque et accumuler des biens composant le patrimoine familial. La valeur de la maison représente une approximation équitable de la valeur de la contribution de l'appelante au patrimoine familial.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.: An unjust enrichment requires an enrichment, a corresponding deprivation by the person who supplied the enrichment, and an absence of any juristic reason for the enrichment itself. Given an enrichment, it almost invariably follows that there is a corresponding deprivation suffered by the person who provided the enrichment. In a marriage or a long-term relationship, it should be taken, absent cogent evidence to the contrary, that the enrichment of one party will result in a deprivation to the other.

The constructive trust remedy may be applied where a spouse, including common law spouse, has contributed to the preservation, maintenance or improvement of property but not directly to its acquisition. Respondent here conceded being enriched by appellant's work and contributions.

A person cannot be expected to forego compensation or an interest in the property in return for contributions made merely because that person loved the other person in the relationship. There need not be any evidence of a promise to marry or to compensate. "Spousal services" given by one party to the other in the relationship should be taken as being given with the expectation of compensation absent evidence to the contrary. The nature and duration of the relationship, as well as the contribution made, should be considered. Relief in the form of a personal judgment or property interest should adequately reflect the fact that the unpaid services of one party to the relationship enhanced the income earning capacity and the ability of the other to acquire assets.

In a family relationship, the contribution need not be directly linked to a specific property in order to permit the imposition of a constructive trust. This remedy need not be as rigorously limited in a family situation as it is in a commercial context because the expectations of the parties in the two situations are very different. The constructive trust accords well in a family situation in that the parties to the relationship expect to receive on dissolution of the relationship not a fee for services based on market value but rather a fair share of the property or wealth accumulated through joint effort. The grant of a constructive trust may be inappropriate, however, where the rights of *bona fide* third parties would be affected.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory: Pour qu'il y ait enrichissement sans cause, il doit y avoir eu enrichissement, appauvrissement correspondant de la personne qui a fourni l'enrichissement et absence de tout motif juridique à l'enrichissement. Un enrichissement donne presque invariablement lieu à un appauvrissement correspondant de la personne qui a contribué à l'enrichissement. Dans un mariage ou dans une union de fait de longue durée, on devrait, en l'absence d'une preuve contraire forte, conclure que l'enrichissement d'une partie donnera lieu à l'appauvrissement de l'autre.

La fiducie par interprétation peut être appliquée dans les cas où le conjoint, y compris le conjoint de fait, a contribué non pas directement à l'acquisition du bien, mais plutôt à sa préservation, à son entretien ou à son amélioration. En l'espèce, l'intimé a admis s'être enrichi du fait du travail et des contributions de l'appelante.

On ne peut pas s'attendre qu'une personne renonce à une rémunération ou à un intérêt sur le bien-fonds en échange de sa contribution au foyer et à la famille simplement parce qu'elle aime l'autre partie à la relation. Il n'est pas nécessaire d'établir qu'il y a eu promesse de mariage ou de rémunération. Dans le cas où une personne fournit à l'autre les «services d'un conjoint», on doit plutôt considérer que ces services ont été fournis dans l'attente d'une rémunération, sauf preuve contraire. Il faut tenir compte de la nature de la relation, de sa durée et des contributions des parties. Accorder un redressement, sous forme d'indemnité ou d'intérêt de propriété, devrait permettre de reconnaître que la capacité d'une partie de gagner sa vie et d'acquérir des biens s'est trouvée améliorée en raison des services domestiques non rémunérés fournis par l'autre.

Dans une relation de famille, il n'est pas nécessaire que la contribution soit directement reliée à un bien précis pour que puisse être appliquée une fiducie par interprétation. Il n'y a pas lieu de restreindre le recours à cette réparation d'une façon aussi rigoureuse dans une relation de famille que dans un contexte commercial puisque les attentes des parties dans les deux situations sont fort différentes. La fiducie par interprétation s'adapte bien à une situation de famille car les parties à la relation, plutôt que s'attendre à être rémunérés pour leurs services, selon leur valeur marchande, s'attendent plutôt à avoir droit, en cas de dissolution de la relation, à une part équitable des biens ou de la richesse accumulés par leurs efforts conjoints. Toutefois, lorsque l'imposition d'une fiducie par interprétation nuirait aux droits de tiers de bonne foi, il pourrait ne pas être approprié de l'accorder.

In a quasi-marital relationship where the rights of third parties are not involved, the choice between a monetary award and a constructive trust will be discretionary and should be exercised flexibly. The decision as to which property (if there is more than one) should be made the subject of a constructive trust is also a discretionary one. It too should be based on common sense and a desire to achieve a fair result for both parties.

Situations may occur where an award for a monetary sum may be the most appropriate remedy. A number of considerations exist: (a) whether the plaintiff's entitlement is relatively small compared to the value of the whole property in question; (b) whether the defendant is able to satisfy the plaintiff's claim without a sale of the whole property in question; (c) whether the plaintiff has a special attachment to the property in question; (d) what hardship might be caused to the defendant if the plaintiff obtained the rights flowing from the award of an interest in the property.

Two methods can be used to evaluate the contribution of a party in a relationship: value received (the amount the defendant would have had to pay for the services on a purely business basis) and value surviving (a portion of the assets accumulated by the couple on the basis of the contributions made by each). Although value surviving has been traditionally employed in cases of constructive trust, the value received approach can be used to quantify the value of the constructive trust. The remedy should be flexible.

The value surviving approach is often the preferable method. It is usually more equitable and most closely accords with the expectation of the parties as to the division of jointly acquired assets. It also avoids the difficult task of assigning a precise dollar value to domestic services. Instead, the contributions of the parties can more accurately be expressed as a percentage of the accumulated wealth existing at the termination of the relationship.

Here, the imposition of a constructive trust was the more appropriate remedy because a monetary award

Dans une relation quasi matrimoniale, dans les cas où les droits des tiers ne sont pas en cause, le choix d'une réparation d'ordre pécuniaire ou d'une fiducie par interprétation relèvera du pouvoir discrétionnaire du tribunal, qui devra l'exercer avec souplesse. Il relève également du pouvoir discrétionnaire du tribunal de décider sur quel bien (s'il y en a plusieurs) portera la fiducie par interprétation. Cette décision doit aussi être prise suivant le bon sens et avec le désir de régler équitablement le différend entre les parties.

Il peut y avoir des situations où l'octroi d'une indemnité pourrait être la réparation la plus appropriée. Il faut tenir compte d'un certain nombre de facteurs: a) le droit du demandeur est-il relativement petit par rapport à la valeur de l'ensemble du bien en question? b) le défendeur est-il en mesure de satisfaire à la demande sans vendre le bien en question? c) le demandeur a-t-il un attachement spécial au bien en question? d) le défendeur risque-t-il de subir un préjudice si le demandeur obtient un intérêt sur le bien en question?

Il existe deux façons de calculer la contribution d'une partie à une relation: la valeur reçue (le montant que, du point de vue purement commercial, le défendeur aurait dû payer une autre personne pour obtenir les services), et la valeur accumulée (la répartition des biens accumulés par le couple en fonction de la contribution des parties). Bien que c'est la méthode de la valeur accumulée qui ait traditionnellement été utilisée dans les cas de fiducie par interprétation, rien n'empêche d'utiliser la méthode de la valeur reçue pour calculer la valeur de la fiducie par interprétation. La réparation devrait être souple.

La méthode fondée sur la valeur accumulée est souvent préférable. Cette méthode est habituellement plus équitable et se rapproche davantage de l'attente des parties quant à la façon dont les biens acquis ensemble devraient être partagés. On évite également ainsi la difficile tâche d'attribuer une valeur pécuniaire précise aux services domestiques. Avec cette méthode, les contributions des parties sont plutôt exprimées, de façon plus exacte, en pourcentage de la richesse accumulée qui existe au moment de la rupture de la relation.

En l'espèce, l'imposition d'une fiducie par interprétation constituait la réparation la plus appropriée parce qu'il ne serait pas pratique d'exiger de l'intimé qu'il verse une réparation d'ordre pécuniaire puisqu'il est

would be impracticable since respondent was retired and living on a War Veteran's Allowance.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *White v. Central Trust Co.* (1984), 54 N.B.R. (2d) 293; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762; *Grant v. Edwards*, [1986] 2 All E.R. 426; *Kshywieski v. Kunka* (1986), 50 R.F.L. (2d) 421; *Hougen v. Monnington* (1991), 37 R.F.L. (3d) 279; *Prentice v. Lang* (1987), 10 R.F.L. (3d) 364; *Hyette v. Pfenniger*, B.C.S.C., December 19, 1991, unreported; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70; *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; *Davidson v. Worthing* (1986), 6 R.F.L. (3d) 113.

By Cory J.

Considered: *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38; *Chase Manhattan Bank N.A. v. Israel-British Bank (London) Ltd.*, [1981] Ch. 105; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; **referred to:** *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; *Everson v. Rich* (1988), 16 R.F.L. (3d) 337; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Kshywieski v. Kunka* (1986), 50 R.F.L. (2d) 421; *Murray v. Roty* (1983), 41 O.R. (2d) 705; *Hussey v. Palmer*, [1972] 1 W.L.R. 1286; *Lawrence v. Lindsey* (1982), 28 R.F.L. (2d) 356; *Herman v. Smith* (1984), 42 R.F.L. (2d) 154.

Authors Cited

Farquhar, Keith B. "Causal Connection in Constructive Trust After *Sorochan v. Sorochan*" (1989), 7 *Can. J. of Fam. L.* 337.

Farquhar, Keith B. "Causal Connection in Constructive Trusts" (1986-88), 8 *Est. & Tr. Q.* 161.

Goff of Chieveley, Robert Goff, Baron and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 3rd ed. By Lord Goff of Chieveley and Gareth Jones. London: Sweet & Maxwell, 1986.

Hovius, Berend, and Timothy G. Youdan. *The Law of Family Property*. Scarborough: Carswell, 1991.

retraité et bénéficiaire d'allocations aux anciens combattants.

Jurisprudence

^a Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *White c. Central Trust Co.* (1984), 54 R.N.-B. (2^e) 293; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762; *Grant c. Edwards*, [1986] 2 All E.R. 426; *Kshywieski c. Kunka* (1986), 50 R.F.L. (2d) 421; *Hougen c. Monnington* (1991), 37 R.F.L. (3d) 279; *Prentice c. Lang* (1987), 10 R.F.L. (3d) 364; *Hyette c. Pfenniger*, C.S.C.-B., 19 décembre 1991, inédit; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426; *Davidson c. Worthing* (1986), 6 R.F.L. (3d) 113.

Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; *Chase Manhattan Bank N.A. c. Israel-British Bank (London) Ltd.*, [1981] Ch. 105; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; **arrêts mentionnés:** *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426; *Everson c. Rich* (1988), 16 R.F.L. (3d) 337; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Kshywieski c. Kunka* (1986), 50 R.F.L. (2d) 421; *Murray c. Roty* (1983), 41 O.R. (2d) 705; *Hussey c. Palmer*, [1972] 1 W.L.R. 1286; *Lawrence c. Lindsey* (1982), 28 R.F.L. (2d) 356; *Herman c. Smith* (1984), 42 R.F.L. (2d) 154.

^h Doctrine citée

Farquhar, Keith B. «Causal Connection in Constructive Trust After *Sorochan v. Sorochan*» (1989), 7 *Can. J. of Fam. L.* 337.

Farquhar, Keith B. «Causal Connection in Constructive Trusts» (1986-88), 8 *Est. & Tr. Q.* 161.

Goff of Chieveley, Robert Goff, Baron and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 3rd ed. By Lord Goff of Chieveley and Gareth Jones. London: Sweet & Maxwell, 1986.

Hovius, Berend, and Timothy G. Youdan. *The Law of Family Property*. Scarborough: Carswell, 1991.

McLeod, James G. Annotation in *Everson v. Rich* (1988), 16 R.F.L. (3d) 338.

McLeod, James G. Annotation in *Kshywieski v. Kunka* (1986), 50 R.F.L. (2d) 421.

Narev, Ian. "Unjust Enrichment and De Facto Relationships" (1991), 6 *Auck. U.L. Rev.* 504.

Neave, Marcia. "Three Approaches to Family Property Disputes—Intention/Belief, Unjust Enrichment and Unconscionability". In T. G. Youdan, ed. *Equity, Fiduciaries and Trusts*. Toronto: Carswell, 1989.

Palmer, George E. *The Law of Restitution*, vol. 1. Boston: Little, Brown & Co., 1978.

Scane, Ralph E. "Relationships 'Tantamount to Spousal', Unjust Enrichment, and Constructive Trusts" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 260.

Scott, Austin Wakeman. *The Law of Trusts*, vol. 5, 4th ed. By Austin Wakeman Scott, and William Franklin Fratcher. Boston: Little, Brown & Co., 1989.

Simon, Jocelyn Edward Salis, Sir. "With All My Worldly Goods", *Holdsworth Lecture*, University of Birmingham, March 20, 1964.

Welstead, Mary. "Domestic Contribution and Constructive Trusts: The Canadian Perspective", [1987] *Denning L.J.* 151.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 266, [1991] 1 W.W.R. 419, 29 R.F.L. (3d) 268, 39 E.T.R. 113, allowing an appeal from a judgment of Arkell L.J.S.C. (1988), 10 A.C.W.S. (3d) 229. Appeal allowed.

G. William Wagner and R. C. Bernhardt, for the appellant.

Nuala J. Hillis and Jessie MacNeil, for the respondent.

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

MCLACHLIN J.—I have had the advantage of reading the reasons of Justice Cory. While I agree with his conclusion and with much of his analysis, my reasons differ in some respects on two matters critical to this appeal: the issues raised by the requirement of the absence of juristic reason for an enrichment and the nature and application of the remedy of constructive trust.

McLeod, James G. Annotation in *Everson v. Rich* (1988), 16 R.F.L. (3d) 338.

McLeod, James G. Annotation in *Kshywieski v. Kunka* (1986), 50 R.F.L. (2d) 421.

Narev, Ian. «Unjust Enrichment and De Facto Relationships» (1991), 6 *Auck. U.L. Rev.* 504.

Neave, Marcia. «Three Approaches to Family Property Disputes—Intention/Belief, Unjust Enrichment and Unconscionability». In T. G. Youdan, ed. *Equity, Fiduciaries and Trusts*. Toronto: Carswell, 1989.

Palmer, George E. *The Law of Restitution*, vol. 1. Boston: Little, Brown & Co., 1978.

Scane, Ralph E. «Relationships 'Tantamount to Spousal', Unjust Enrichment, and Constructive Trusts» (1991), 70 *R. du B. can.* 260.

Scott, Austin Wakeman. *The Law of Trusts*, vol. 5, 4th ed. By Austin Wakeman Scott, and William Franklin Fratcher. Boston: Little, Brown & Co., 1989.

Simon, Jocelyn Edward Salis, Sir. «With All My Worldly Goods», *Holdsworth Lecture*, University of Birmingham, March 20, 1964.

Welstead, Mary. «Domestic Contribution and Constructive Trusts: The Canadian Perspective», [1987] *Denning L.J.* 151.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 266, [1991] 1 W.W.R. 419, 29 R.F.L. (3d) 268, 39 E.T.R. 113, qui a accueilli un appel d'une décision du juge Arkell (1988), 10 A.C.W.S. (3d) 229. Pourvoi accueilli.

G. William Wagner et R. C. Bernhardt, pour l'appelante.

Nuala J. Hillis et Jessie MacNeil, pour l'intimé.

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

LE JUGE MCLACHLIN—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge Cory. Bien que je sois d'accord avec sa conclusion et la majeure partie de son analyse, mes motifs diffèrent à certains égards relativement à deux éléments critiques du présent pourvoi: les questions soulevées par l'exigence de l'absence de motif juridique à l'enrichissement, et la nature et l'application de la fiducie par interprétation à titre de réparation.

In recent decades, Canadian courts have adopted the equitable concept of unjust enrichment *inter alia* as the basis for remedying the injustice that occurs where one person makes a substantial contribution to the property of another person without compensation. The doctrine has been applied to a variety of situations, from claims for payments made under mistake to claims arising from conjugal relationships. While courts have not been adverse to applying the concept of unjust enrichment in new circumstances, they have insisted on adhering to the fundamental principles which have long underlain the equitable doctrine of unjust enrichment. As stated by La Forest J.A. (as he then was) in *White v. Central Trust Co.* (1984), 54 N.B.R. (2d) 293, at p. 309 “. . . the well recognized categories of unjust enrichment must be regarded as clear examples of the more general principle that transcends them”.

The basic notions are simple enough. An action for unjust enrichment arises when three elements are satisfied: (1) an enrichment; (2) a corresponding deprivation; and (3) the absence of a juristic reason for the enrichment. These proven, the action is established and the right to claim relief made out. At this point, a second doctrinal concern arises: the nature of the remedy. “Unjust enrichment” in equity permitted a number of remedies, depending on the circumstances. One was a payment for services rendered on the basis of *quantum meruit* or *quantum valebat*. Another equitable remedy, available traditionally where one person was possessed of legal title to property in which another had an interest, was the constructive trust. While the first remedy to be considered was a monetary award, the Canadian jurisprudence recognized that in some cases it might be insufficient. This may occur, to quote La Forest J. in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, at p. 678, “if there is reason to grant to the plaintiff the additional rights that flow from recognition of a right of property”. Or to quote Dickson J., as he then was, in *Pettkus v.*

Au cours des dernières décennies, les tribunaux canadiens ont adopté le concept de l'enrichissement sans cause reconnu en *equity*, notamment comme moyen de remédier à l'injustice qui survient lorsqu'une personne apporte, sans recevoir de rémunération, une contribution importante à l'avoir d'une autre personne. Cette théorie a été appliquée à tout un éventail de situations, que ce soit par suite de demandes résultant de paiements effectués par erreur ou d'une union conjugale. Bien que les tribunaux ne se soient pas montrés défavorables à l'application du concept de l'enrichissement sans cause dans des circonstances nouvelles, ils ont insisté pour respecter les principes fondamentaux qui sous-tendent depuis longtemps la théorie de l'enrichissement sans cause reconnue en *equity*. Comme l'a affirmé le juge La Forest (maintenant juge de notre Cour) dans l'arrêt *White c. Central Trust Co.* (1984), 54 R.N.-B. (2^e) 293, à la p. 309: [TRADUCTION] «. . . les catégories bien établies de l'enrichissement sans cause doivent être considérées comme des exemples clairs d'un principe plus général qui les transcende».

Les notions de base sont fort simples. Une action pour enrichissement sans cause doit satisfaire à trois exigences: (1) un enrichissement, (2) un appauvrissement correspondant, et (3) l'absence de tout motif juridique à l'enrichissement. Une fois ces exigences remplies, il y a cause d'action et le droit à la réparation existe. Ce qui mène à l'examen d'une autre question de doctrine, celle de la nature de la réparation. En *equity*, «l'enrichissement sans cause» donnait lieu à un certain nombre de réparations, selon les circonstances. L'une d'elle était le paiement pour services rendus sur la base du *quantum meruit* ou *quantum valebat*. Une autre, applicable traditionnellement lorsqu'une personne possédait le titre en common law d'un bien sur lequel une autre avait un intérêt, était la fiducie par interprétation. Quoiqu'il faille tout d'abord examiner la possibilité du versement d'une indemnité, la jurisprudence canadienne a reconnu que, dans certains cas, cela ne sera pas suffisant. À cet égard, le juge La Forest dit dans l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, à la p. 678: «il n'y a lieu de conférer une fiducie par interpréta-

Becker, [1980] 2 S.C.R. 834, at p. 852, where there is a “contribution [to the property] sufficiently substantial and direct as to entitle [the plaintiff] to a portion of the profits realized upon sale of [the property].” In other words, the remedy of constructive trust arises, where monetary damages are inadequate and where there is a link between the contribution that founds the action and the property in which the constructive trust is claimed.

Notwithstanding these rather straightforward doctrinal underpinnings, their application has sometimes given rise to difficulty. There is a tendency on the part of some to view the action for unjust enrichment as a device for doing whatever may seem fair between the parties. In the rush to substantive justice, the principles are sometimes forgotten. Policy issues often assume a large role, infusing such straightforward discussions as whether there was a ‘benefit’ to the defendant or a ‘detriment’ to the plaintiff. On the remedies side, the requirements of the special proprietary remedy of constructive trust are sometimes minimized. As Professor Palmer has said: “The constructive trust idea stirs the judicial imagination in ways that *assumpsit*, *quantum meruit* and other terms associated with quasi-contract have never quite succeeded in duplicating” (George E. Palmer, *The Law of Restitution*, vol. 1, at p. 16). Occasionally the remedial notion of constructive trust is even conflated with unjust enrichment itself, as though where one is found the other must follow.

Such difficulties have to some degree complicated the case at bar. At the doctrinal level, the simple questions of “benefit” and “detriment” became infused with moral and policy questions of when the provision of domestic services in a quasi-matrimonial situation can give rise to a legal obligation. At the stage of remedy, the trial judge proceeded as if he were making a monetary award,

tion qu’en présence d’un motif pour accorder au demandeur les droits supplémentaires découlant de la reconnaissance d’un droit de propriété». Ou, selon le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, à la p. 852: «sa contribution [à la propriété] était-elle suffisamment importante et directe pour lui [la demanderesse] donner droit à une partie des profits réalisés sur la vente de la propriété». En d’autres termes, le recours à la fiducie par interprétation existe lorsque le versement de dommages-intérêts n’est pas suffisant et qu’il existe un lien entre la contribution à la base de l’action et le bien qui serait grevé d’une fiducie par interprétation.

Même si ces principes de doctrine sont assez simples, leur application a parfois été difficile. Certains considèrent l’action pour enrichissement sans cause comme un moyen de faire ce qui peut sembler équitable entre les parties. Le désir de rendre justice quant au fond fait parfois oublier les principes. Les questions de principe jouent souvent un rôle important, donnant lieu à l’examen de questions aussi simples que celle de savoir si le défendeur a bénéficié d’un «avantage» ou si le demandeur a subi un «désavantage». En ce qui concerne la réparation, on minimise parfois les exigences de la fiducie par interprétation à titre de réparation propriétaire spéciale. Comme le professeur Palmer l’a affirmé: [TRADUCTION] «L’idée de la fiducie par interprétation stimule l’imagination des juges d’une façon que l’*assumpsit*, le *quantum meruit* et d’autres expressions associées aux quasi-contrats n’ont jamais réussi à reproduire» (George E. Palmer, *The Law of Restitution*, vol. 1, à la p. 16). À l’occasion, on confond la notion réparatrice de la fiducie par interprétation avec l’enrichissement sans cause lui-même, comme si l’un découlait nécessairement de l’autre.

Ces difficultés ont dans une certaine mesure compliqué le présent pourvoi. Dans la doctrine, les simples questions d’«avantage» et de «désavantage» ont soulevé les questions de morale et de principe de savoir quand la prestation de services ménagers dans une relation quasi matrimoniale peut donner lieu à une obligation légale. En ce qui concerne la réparation, le juge de première ins-

and then, without fully explaining how, awarded the appellant the entire interest in the matrimonial home on the basis of a constructive trust. It is only by a return to the fundamental principles laid out in cases like *Pettkus v. Becker* and *Lac Minerals*,^a that one can cut through the conflicting findings and submissions on these issues and evaluate whether in fact the appellant has made out a claim for unjust enrichment, and if so what her remedy should be.^b

1. Is the Appellant's Claim for Unjust Enrichment Made Out?^c

I share the view of Cory J. that the three elements necessary to establish a claim for unjust enrichment—an enrichment, a corresponding deprivation, and the absence of any juristic reason for the enrichment—are made out in this case. The appellant's housekeeping and child-care services constituted a benefit to the respondent (1st element), in that he received household services without compensation, which in turn enhanced his ability to pay off his mortgage and other assets. These services also constituted a corresponding detriment to the appellant (2nd element), in that she provided services without compensation. Finally, since there was no obligation existing between the parties which would justify the unjust enrichment and no other arguments under this broad heading were met, there is no juristic reason for the enrichment (3rd element). Having met the three criteria, the plaintiff has established an unjust enrichment giving rise to restitution.

The main arguments on this appeal centred on whether the law should recognize the services which the appellant provided as being capable of founding an action for unjust enrichment. It was argued, for example, that the services cannot give rise to a remedy based on unjust enrichment because the appellant had voluntarily assumed the role of wife and stepmother. It was also said that the law of unjust enrichment should not recognize such services because they arise from natural love

and tance a examiné la question comme s'il allait octroyer une indemnité puis, sans expliquer à fond comment il prenait sa décision, s'est fondé sur l'existence d'une fiducie par interprétation pour accorder à l'appelante le droit intégral au foyer conjugal. C'est seulement en examinant de nouveau les principes fondamentaux énoncés dans les arrêts *Pettkus c. Becker* et *Lac Minerals*, précités, que l'on peut comprendre les conclusions et prétentions contradictoires relatives à ces questions et déterminer si l'appelante a bien établi qu'il y a eu enrichissement sans cause et, dans l'affirmative, quelle est la réparation dont elle devrait bénéficier.

1. L'appelante a-t-elle établi qu'il y avait eu enrichissement sans cause?

Tout comme le juge Cory, j'estime que l'on a prouvé en l'espèce l'existence des trois exigences dont dépend l'enrichissement sans cause: l'enrichissement, un appauvrissement correspondant et l'absence de motif juridique à l'enrichissement. Les services d'entretien ménager et de soin des enfants fournis par l'appelante ont constitué un avantage pour l'intimé (1^{er} élément), en ce qu'il a obtenu, sans rémunération, des services ménagers, ce qui lui a permis d'éteindre son hypothèque et d'autres créances. Ces services ont également donné lieu à un désavantage correspondant pour l'appelante (2^e élément), car elle a fourni des services sans être rémunérée. Enfin, puisqu'il n'existait entre les parties aucune obligation qui justifierait l'enrichissement sans cause et qu'aucun autre argument n'a été présenté sous ce chapitre, il n'y a pas de motif juridique à l'enrichissement (3^e élément). Ayant satisfait aux trois critères, la demanderesse a établi un enrichissement sans cause ouvrant droit à restitution.^h

Dans le présent pourvoi, les principaux arguments visaient à déterminer si l'on devrait reconnaître en droit les services fournis par l'appelante comme fondement possible d'une action pour enrichissement sans cause. Par exemple, on a soutenu que ces services ne peuvent donner lieu à une réparation fondée sur l'enrichissement sans cause parce que l'appelante a volontairement assumé le rôle d'épouse et de belle-mère. On a également affirmé que le droit en matière d'enrichissement sans cause

and affection. These arguments raise moral and policy questions and require the Court to make value judgments.

The first question is: where do these arguments belong? Are they part of the benefit—detriment analysis, or should they be considered under the third head—the absence of juristic reason for the unjust enrichment? The Court of Appeal, for example, held that there was no “detriment” on these grounds. I hold the view that these factors may most conveniently be considered under the third head of absence of juristic reason. This Court has consistently taken a straightforward economic approach to the first two elements of the test for unjust enrichment: *Pettkus v. Becker*, *supra*; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762, (hereinafter “*Peel*”). It is in connection with the third element—absence of juristic reason for the enrichment—that such considerations may more properly find their place. It is at this stage that the court must consider whether the enrichment and detriment, morally neutral in themselves, are “unjust”.

What matters should be considered in determining whether there is an absence of juristic reason for the enrichment? The test is flexible, and the factors to be considered may vary with the situation before the court. For example, different factors may be more relevant in a case like *Peel*, *supra*, at p. 803, a claim for unjust enrichment between different levels of government, than in a family case.

In every case, the fundamental concern is the legitimate expectation of the parties: *Pettkus v. Becker*, *supra*. In family cases, this concern may raise the following subsidiary questions:

- (i) Did the plaintiff confer the benefit as a valid gift or in pursuance of a valid com-

ne devrait pas reconnaître ces services parce qu'ils sont offerts par amour et affection naturels. Ces arguments soulèvent des questions de morale et de principe et exigent de notre Cour qu'elle porte des jugements de valeur.

La première question est la suivante: où se situent ces arguments? Font-ils partie de l'analyse relative aux avantages et aux désavantages ou doivent-ils être examinés par rapport à la troisième condition, l'absence de motif juridique à l'enrichissement sans cause? La Cour d'appel a conclu, par exemple, que ces motifs n'établissaient pas de «désavantage». À mon avis, ces facteurs peuvent le mieux être examinés par rapport à la troisième condition, l'absence de motif juridique. Notre Cour a toujours utilisé une analyse économique simple relativement aux deux premiers éléments du critère: voir les arrêts *Pettkus c. Becker*, précité; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, (ci-après «*Peel*»). C'est dans le cadre du troisième élément—l'absence de motif juridique à l'enrichissement—que ces arguments peuvent le mieux être examinés. C'est à cette étape que le tribunal doit vérifier si l'enrichissement et le désavantage, moralement neutres en soi, sont «injustes».

Quelles questions faut-il examiner pour déterminer s'il y a absence de motif juridique à l'enrichissement? Le critère est souple, et les facteurs peuvent varier selon la situation sur laquelle doit se prononcer le tribunal. Par exemple, dans un cas comme l'affaire *Peel*, précitée, à la p. 803 où l'on soutenait qu'il y avait eu enrichissement sans cause de divers ordres de gouvernements, divers facteurs pourraient être plus pertinents que dans une affaire de droit de la famille.

Dans tous les cas, la préoccupation fondamentale est l'attente légitime des parties: *Pettkus c. Becker*, précité. En matière familiale, cette préoccupation peut soulever les questions accessoires suivantes:

- (i) Le demandeur a-t-il conféré l'avantage à titre de don valide ou conformément à une

mon law, equitable or statutory obligation which he or she owed to the defendant?

obligation valide que la common law, l'*equity* ou la loi lui imposaient envers le défendeur?

(ii) Did the plaintiff submit to, or compromise, ^a the defendant's honest claim?

(ii) Le demandeur a-t-il acquiescé à la demande honnête du défendeur ou a-t-il fait des compromis à cet égard?

(iii) Does public policy support the enrichment? ^b

(iii) L'ordre public favorise-t-il l'enrichissement?

In the case at bar, the first and third of these factors were argued. It was argued first that the appellant's services were rendered pursuant to a common law or equitable obligation which she had assumed. Her services were part of the bargain she made when she came to live with the respondent, it was said. He would give her and her children a home and other husbandly services, and in turn she would look after the home and family. ^c

En l'espèce, l'argumentation a porté sur les premier et troisième facteurs. On a tout d'abord soutenu que l'appelante avait fourni les services en cause conformément à une obligation de common law ou d'*equity* qu'elle avait assumée. Ces services constituaient une contrepartie du marché qu'elle avait conclu avec l'intimé lorsqu'elle est allée vivre avec lui. Il allait fournir à l'appelante et à ses enfants un foyer et d'autres services maritaux et, en contrepartie, elle allait s'occuper du foyer et de la famille. ^d

This Court has held that a common law spouse generally owes no duty at common law, in equity or by statute to perform work or services for her partner. As Dickson C.J., speaking for the Court put it in *Sorochan v. Sorochan, supra*, at p. 46, the common law wife "was under no obligation, contractual or otherwise, to perform the work and services in the home or on the land". So there is no general duty presumed by the law on a common law spouse to perform work and services for her partner. ^e

Notre Cour a statué qu'un conjoint de fait n'est généralement pas tenu en common law, en *equity* ou par la loi de travailler pour son conjoint ou de lui fournir des services. Comme le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de notre Cour, l'affirme dans l'arrêt *Sorochan c. Sorochan*, précité, à la p. 46, la conjointe de fait «n'avait aucune obligation, contractuelle ou autre, de travailler au foyer ou sur la terre». Donc, la loi n'impose à un conjoint de fait aucune obligation générale de travailler pour son conjoint. ^f

Nor, in the case at bar was there any obligation arising from the circumstances of the parties. The trial judge held that the appellant "was under no obligation to perform the work and assist in the home without some reasonable expectation of receiving something in return other than the drunken physical abuse which she received at the hands of the Respondent." This puts an end to the argument that the services in question were performed pursuant to obligation. It also puts an end to the argument that the appellant's services to her partner were a "gift" from her to him. The central element of a gift at law—intentional giving to ^g

Par ailleurs, en l'espèce, aucune obligation ne découlait de la situation des parties. Le juge de première instance a conclu que l'appelante [TRA-DUCTION] «n'avait aucune obligation d'exécuter le travail et d'aider au foyer sans avoir une attente raisonnable de recevoir en retour quelque chose autre que les agressions dont elle a été victime quand l'intimé était en état d'ébriété.» Cela enlève toute validité à l'argument que les services en question avaient été fournis conformément à une obligation et qu'ils constituaient un «don» de l'appelante à l'intimé. La principale caractéristique d'un don en droit, c'est-à-dire le fait de donner

another without expectation of remuneration—is simply not present.

The third factor mentioned above raises directly the issue of public policy. While it may be stated in different ways, the argument at base is simply that some types of services in some types of relationships should not be recognized as supporting legal claims for policy reasons. More particularly, homemaking and childcare services should not, in a marital or quasi-marital relationship, be viewed as giving rise to equitable claims against the other spouse.

I concede at the outset that there is some judicial precedent for this argument. Professor Marcia Neave has observed generally that “[a]nalysis of the principles applied in English, Australian and Canadian courts sometimes fails to confront this question directly . . . Courts which deny or grant remedies usually conceal their value judgments within statements relating to doctrinal requirements.” (Marcia Neave, “Three Approaches to Family Property Disputes—Intention/Belief, Unjust Enrichment and Unconscionability,” in T. G. Youdan, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts* (1989), at p. 251). More pointedly, Professor Farquhar has observed that many courts have strayed from the framework of *Sorochan* for public policy reasons: “the courts. . . have, after *Sorochan*, put up warning signs that there are aspects of relationships that are not to be analyzed in the light of unjust enrichment and constructive trust.” (Keith B. Farquhar, “Causal Connection in Constructive Trust After *Sorochan v. Sorochan*” (1989), 7 *Can. J. of Fam. L.* 337, at p. 343). The public policy issue has been summed up as follows by Professor Neave, *supra* at p. 251: “whether a remedy, either personal or proprietary, should be provided to a person who has made contributions to family resources.” On the judicial side, the view of the respondent is pointedly stated in *Grant v.*

volontairement à autrui sans attente de rémunération, n’est tout simplement pas présente.

Le troisième facteur mentionné soulève directement la question de l’ordre public. Bien qu’il puisse être formulé de diverses façons, l’argument est tout simplement que certains types de services dans certains types de relations ne devraient pas, pour des raisons d’ordre public, être reconnus comme fondement d’une réclamation. Plus particulièrement, les services d’aide ménagère et de soins des enfants ne devraient pas, dans une relation matrimoniale ou quasi matrimoniale, donner lieu à une réclamation en *equity* contre l’autre conjoint.

J’admets dès le départ qu’il existe une certaine jurisprudence à l’appui de cet argument. Le professeur Marcia Neave reconnaît généralement que [TRADUCTION] «[l]’analyse des principes appliqués par les tribunaux britanniques, australiens et canadiens ne réussit parfois pas à cerner directement cette question. [. . .] Les tribunaux qui refusent ou accordent une réparation n’expriment habituellement pas de jugements de valeur quant aux exigences doctrinales.» (Marcia Neave, «Three Approaches to Family Property Disputes—Intention/Belief, Unjust Enrichment and Unconscionability», dans T. G. Youdan, dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts* (1989), à la p. 251). D’une façon plus directe, le professeur Farquhar a fait remarquer que de nombreux tribunaux se sont écartés du cadre établi dans l’arrêt *Sorochan* pour des motifs d’ordre public: [TRADUCTION] «depuis l’arrêt *Sorochan*, les tribunaux ont tenu à préciser que certains aspects des relations ne doivent pas être analysés par rapport à l’enrichissement sans cause et à la fiducie par interprétation.» (Keith B. Farquhar, «Causal Connection in Constructive Trust After *Sorochan v. Sorochan*» (1989), 7 *Can. J. of Fam. L.* 337, à la p. 343). Voici comment le professeur Neave, *op. cit.*, résume cette question d’ordre public, à la p. 251: [TRADUCTION] «[il s’agit de] déterminer si une réparation, sous forme d’indemnité ou d’intérêt propriétaire, devrait être conférée à une personne qui a contribué aux ressources de la famille.» Dans la jurisprudence, le point de vue de l’intimé est exprimé de façon significative par le vice-chancelier Browne-Wilkinson dans l’arrêt

Edwards, [1986] 2 All E.R. 426 at p. 439, per Browne-Wilkinson V.-C.:

Setting up house together, having a baby and making payments to general housekeeping expenses . . . may all be referable to the mutual love and affection of the parties and not specifically referable to the claimant's belief that she has an interest in the house.

Proponents of this view, Professor Neave, *supra* at p. 253 argues, "regard it as distasteful to put a price upon services provided out of a sense of love and commitment to the relationship. They suggest it is unfair for a recipient of indirect or non-financial contributions to be forced to provide recompense for those contributions." To support this position, the respondent cites several cases: *Kshywieski v. Kunka* (1986), 50 R.F.L. (2d) 421 (Man. C.A.); *Hougen v. Monnington* (1991), 37 R.F.L. (3d) 279 (B.C.C.A.); *Prentice v. Lang* (1987), 10 R.F.L. (3d) 364 (B.C.S.C.); *Hytte v. Pfenniger*, B.C.S.C., December 19, 1991, unreported.

It is my view that this argument is no longer tenable in Canada, either from the point of view of logic or authority. From the point of view of logic, I share the view of Professors Hovius and Youdan in *The Law of Family Property* (1991), at p. 136, that "there is no logical reason to distinguish domestic services from other contributions". The notion that household and childcare services are not worthy of recognition by the court fails to recognize the fact that these services are of great value, not only to the family, but to the other spouse. As Lord Simon observed nearly 30 years ago: "The cock-bird can feather his nest precisely because he is not required to spend most of his time sitting on it" ("With All My Worldly Goods," *Holdsworth Lecture* (University of Birmingham, March 20, 1964, at p. 32). The notion, moreover, is a pernicious one that systematically devalues the contributions which women tend to make to the family economy. It has contributed to the phenomenon of the feminization of poverty which this Court identified in *Moge v. Moge*, [1992]

Grant c. Edwards, [1986] 2 All E.R. 426, à la p. 439:

[TRADUCTION] Le fait d'habiter ensemble, d'avoir un bébé et de contribuer aux dépenses domestiques courantes [. . .] pourrait bien résulter de l'amour et de l'affection que se témoignent les parties et non spécifiquement de la croyance de la plaignante qu'elle a un intérêt sur la maison.

Selon le professeur Neave, *op. cit.*, à la p. 253 les tenants de cette position: [TRADUCTION] «considèrent comme déplacé d'évaluer les services fournis par amour et dévouement pour la relation. À leur avis, il est injuste pour le bénéficiaire de contributions indirectes ou non financières d'être forcé de fournir un dédommagement au titre de ces contributions.» À l'appui de cette position, l'auteur cite plusieurs décisions: *Kshywieski c. Kunka* (1986), 50 R.F.L. (2d) 421 (C.A. Man.); *Hougen c. Monnington* (1991), 37 R.F.L. (3d) 279 (C.A.C.-B.); *Prentice c. Lang* (1987), 10 R.F.L. (3d) 364 (C.S.C.-B.); *Hytte c. Pfenniger*, C.S.C.-B., 19 décembre 1991, inédite.

À mon avis, cet argument n'est plus défendable au Canada, que ce soit du point de vue de la logique ou de la jurisprudence. Du point de vue de la logique, je partage l'opinion des professeurs Hovius et Youdan dans *The Law of Family Property* (1991), à la p. 136, qu'[TRADUCTION] «il n'y a aucune raison logique d'établir une distinction entre les services ménagers et les autres contributions». La notion que les services d'entretien ménager et de soin des enfants ne méritent pas d'être reconnus par les tribunaux omet de reconnaître que ces services sont fort utiles non seulement pour la famille, mais pour l'autre conjoint. Comme l'a fait remarquer lord Simon il y a près de 30 ans: [TRADUCTION] «L'oiseau mâle peut «se remplumer» précisément parce qu'il n'est pas tenu de passer la majeure partie de son temps sur le nid» («With All My Wordly Goods,» *Holdsworth Lecture* (University of Birmingham, 20 mars 1964), à la p. 32). En outre, cette notion est préjudiciable en ce qu'elle dévalue systématiquement les contributions que les femmes apportent généralement aux finances de la famille. Elle contribue au phénomène de la féminisation de la pauvreté dont notre Cour a parlé dans l'arrêt *Moge c. Moge*,

3 S.C.R. 813, *per* L'Heureux-Dubé J., at pp. 853-54.

Moreover, the argument cannot stand with the jurisprudence which this and other courts have laid down. Today courts regularly recognize the value of domestic services. This became clear with the Court's holding in *Sorochan*, leading one author to comment that "[t]he Canadian Supreme court has finally recognized that domestic contribution is of equal value as financial contribution in trusts of property in the familial context" (Mary Welstead, "Domestic Contribution and Constructive Trusts: The Canadian Perspective", [1987] *Denning L.J.* 151, at p. 161). If there could be any doubt about the need for the law to honestly recognize the value of domestic services, it must be considered to have been banished by *Moge v. Moge*, *supra*. While that case arose under the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), the value of the services does not change with the legal remedy invoked.

I cannot give credence to the argument that legal recognition of the value of domestic services will do violence to the law and the social structure of our society. It has been recognized for some time that such services are entitled to recognition and compensation under the *Divorce Act* and the provincial acts governing the distribution of matrimonial property. Yet society has not been visibly harmed. I do not think that similar recognition in the equitable doctrine of unjust enrichment will have any different effect.

Finally, I come to the argument that, because the legislature has chosen to exclude unmarried couples from the right to claim an interest in the matrimonial assets on the basis of contribution to the relationship, the court should not use the equitable doctrine of unjust enrichment to remedy the situation. Again, the argument seems flawed. It is precisely where an injustice arises without a legal remedy that equity finds a role. This case is much stronger than *Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70, where I dissented on the ground that the statute

[1992] 3 R.C.S. 813, le juge L'Heureux-Dubé, aux pp. 853 et 854.

Par ailleurs, cet argument n'est plus défendable compte tenu de la jurisprudence établie par notre Cour et d'autres tribunaux. Aujourd'hui, les tribunaux reconnaissent fréquemment la valeur des services ménagers. Ce fait ressort clairement de notre arrêt *Sorochan* et a amené un auteur à affirmer que: [TRADUCTION] «[l]a Cour suprême du Canada a finalement reconnu que la contribution domestique a autant de valeur qu'une contribution financière dans une fiducie de biens dans le contexte familial» (Mary Welstead, «Domestic Contribution and Constructive Trusts: The Canadian Perspective», [1987] *Denning L.J.* 151, à la p. 161). Si l'on entretenait encore des doutes quant à la nécessité en droit de reconnaître honnêtement la valeur des services ménagers, on doit considérer que l'arrêt *Moge c. Moge*, précité, les a dissipés. Bien que cet arrêt porte sur la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), la valeur des services ne change pas en fonction de la réparation demandée.

Je ne peux ajouter foi à l'argument que la reconnaissance juridique de la valeur des services domestiques fera violence au droit et à notre structure sociale. Il est établi depuis un certain temps que ces services peuvent faire l'objet d'une reconnaissance et d'une indemnisation en vertu de la *Loi sur le divorce* et des lois provinciales régissant le partage des biens matrimoniaux. Ce qui n'a pas pour autant porté préjudice à la société. Je ne crois pas qu'une reconnaissance similaire dans la théorie de l'enrichissement sans cause en *equity* aura un effet différent.

Enfin, j'aborde l'argument que, parce que le législateur a choisi de priver les couples non mariés du droit de réclamer sur les biens matrimoniaux un intérêt calculé par rapport à la contribution des parties, le tribunal ne devrait pas appliquer la théorie de l'enrichissement sans cause reconnue en *equity* pour remédier à la situation. Cet argument semble également imparfait. C'est précisément dans les cas où une injustice ne peut pas être réparée en vertu de la loi que l'*equity* joue un rôle. Le présent pourvoi présente à cet égard des appuis

expressly pronounced on the very matter with respect to which equity was invoked.

Accordingly, I would agree with Cory J. that there are no juristic arguments which would justify the unjust enrichment, and the third element is made out. Like him, I conclude that the defendant was enriched, to the detriment of the plaintiff, and that no justification existed to vitiate the unjust enrichment claim. The claim for unjust enrichment is accordingly made out and it remains only to determine the appropriate remedy.

2. Remedy—Monetary Judgment or Constructive Trust?

The other difficult aspect of this case is the question of whether the remedy which the trial judge awarded—title to the matrimonial home—is justified on the principles governing the action for unjust enrichment. Two remedies are possible: an award of money on the basis of the value of the services rendered, i.e. *quantum meruit*; and the one the trial judge awarded, title to the house based on a constructive trust.

In Canada the concept of the constructive trust has been used as a vehicle for compensating for unjust enrichment in appropriate cases. The constructive trust, based on analogy to the formal trust of traditional equity, is a proprietary concept. The plaintiff is found to have an interest in the property. A finding that a plaintiff is entitled to a remedy for unjust enrichment does not imply that there is a constructive trust. As I wrote in *Rawluk, supra*, for a constructive trust to arise, the plaintiff must establish a direct link to the property which is the subject of the trust by reason of the plaintiff's contribution. This is the notion underlying the constructive trust in *Pettkus v. Becker, supra*, and *Sorochan v. Sorochan, supra*, as I understand those

beaucoup plus solides que l'arrêt *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70, dans lequel j'ai exprimé une dissidence au motif que la loi prévoyait expressément un recours relativement à la demande que l'on avait fondée sur l'*equity*.

Par conséquent, je crois, comme le juge Cory, qu'il y a absence de motif juridique à l'enrichissement sans cause et que la troisième exigence est remplie. Comme lui, je conclus qu'il y a eu enrichissement du défendeur, au détriment de la demanderesse, et qu'il n'existe pas de motif justifiant le rejet de la demande fondée sur l'enrichissement sans cause. La demande fondée sur l'enrichissement sans cause est en conséquence établie et il ne reste qu'à déterminer la réparation qui convient.

2. La réparation—Indemnité ou fiducie par interprétation?

L'autre difficulté soulevée par le présent pourvoi touche la question de savoir si les principes applicables à l'action fondée sur l'enrichissement sans cause justifient la réparation accordée par le juge de première instance, soit le titre de propriété sur le foyer conjugal. Il y a deux réparations possibles: une indemnité calculée en fonction de la valeur des services rendus, c'est-à-dire le *quantum meruit* et celle accordée par le juge de première instance, soit le titre de propriété sur la maison, fondée sur une fiducie par interprétation.

Au Canada, le concept de la fiducie par interprétation a été utilisé comme moyen de remédier à l'enrichissement sans cause. Si on la compare à la fiducie formelle reconnue en *equity*, la fiducie par interprétation est un concept qui repose sur la propriété. On reconnaît au demandeur un intérêt sur un bien. La conclusion que le demandeur a droit à une réparation pour remédier à l'enrichissement sans cause n'implique pas qu'il existe une fiducie par interprétation. Comme je l'ai écrit dans l'arrêt *Rawluk*, précité, pour qu'il y ait fiducie par interprétation, le demandeur doit établir qu'il a, du fait de sa contribution, un lien direct avec le bien qui se trouve grevé d'une fiducie. Si je ne m'abuse, c'est la notion qui sous-tend la fiducie par interpré-

cases. It was also affirmed by La Forest J. in *Lac Minerals, supra*.

My colleague Cory J. suggests that, while a link between the contribution and the property is essential in commercial cases for a constructive trust to arise, it may not be required in family cases. He writes at p. 1022:

... La Forest J. concluded [in *Lac Minerals, supra*] that the constructive trust should only be awarded when the personal monetary award is insufficient; that is, when there is reason to grant to the plaintiff the additional rights that flow from recognition of a right of property.

I agree with my colleague that there is a need to limit the use of the constructive trust remedy in a commercial context. Yet I do not think the same proposition should be rigorously applied in a family relationship.

I doubt the wisdom of dividing unjust enrichment cases into two categories—commercial and family—for the purpose of determining whether a constructive trust lies. A special rule for family cases finds no support in the jurisprudence. Neither *Pettkus*, nor *Rathwell*, nor *Sorochoan* suggest such a departure. Moreover, the notion that one can dispense with a link between the services rendered and the property which is claimed to be subject to the trust is inconsistent with the proprietary nature of the notion of constructive trust. Finally, the creation of special rules for special situations might have an adverse effect on the development of this emerging area of equity. The same general principles should apply for all contexts, subject only to the demonstrated need for alteration. Wilson J. in *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426, at p. 519 (adopted by La Forest J. in *Lac Minerals, supra*, at p. 675), warns against confining constructive trust remedies to family law cases stating that: “to do so would be to impede the growth and impair the flexibility crucial to the development of equitable principles.” The same result, I fear, may flow from

tation imposée dans les arrêts *Pettkus c. Becker et Sorochoan c. Sorochoan*, précités. Cette notion a également été confirmée par le juge La Forest dans l’arrêt *Lac Minerals*, précité.

Selon mon collègue le juge Cory, bien que l’existence d’une fiducie par interprétation en matière commerciale dépende de l’existence d’un lien entre la contribution et le bien en question, ce lien pourrait bien ne pas être nécessaire dans le contexte de relations familiales. Il dit, à la p. 1022:

... le juge La Forest a conclu [dans l’arrêt *Lac Minerals*, précité] que la fiducie par interprétation devrait être imposée seulement dans les cas où la réparation d’ordre pécuniaire ne serait pas suffisante, c’est-à-dire dans les cas où il existe des motifs d’accorder au demandeur les droits additionnels découlant de la reconnaissance d’un droit de propriété.

Comme ma collègue, j’estime qu’il y a lieu de restreindre le recours à la fiducie par interprétation dans un contexte commercial. Toutefois, je ne crois pas qu’il devrait en être de même dans le cas d’une relation de famille.

Je ne suis pas sûre qu’il soit opportun de diviser les affaires d’enrichissement sans cause en deux catégories—contextes commercial ou familial—lorsqu’il s’agit de déterminer s’il y a lieu d’avoir recours à la fiducie par interprétation. L’existence d’une règle spéciale qui serait applicable au contexte familial ne trouve aucun appui dans la jurisprudence. Ni l’arrêt *Pettkus*, ni l’arrêt *Rathwell*, ni l’arrêt *Sorochoan* ne laissent sous-entendre qu’il faudrait procéder ainsi. En outre, la notion voulant qu’il ne soit pas nécessaire d’établir un lien entre les services rendus et le bien revendiqué est incompatible avec la nature propriétaire de la fiducie par interprétation. Enfin, l’établissement de règles spéciales applicables à des situations particulières risque d’avoir une incidence négative sur l’évolution de ce nouveau domaine de l’équité. Les mêmes principes généraux devraient s’appliquer à tous les contextes, sous la seule réserve des adaptations nécessaires. Dans l’arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426, à la p. 519 (approuvé par le juge La Forest dans l’arrêt *Lac Minerals*, précité, à la p. 675), le juge Wilson met en garde contre le risque de limiter la fiducie

developing special rules for finding constructive trusts in family cases. In short, the concern for clarity and doctrinal integrity with which this Court has long been preoccupied in this area mandates that the basic principles governing the rights and remedies for unjust enrichment remain the same for all cases.

Nor does the distinction between commercial cases and family cases on the remedy of constructive trust appear to be necessary. Where a monetary award is sufficient, there is no need for a constructive trust. Where a monetary award is insufficient in a family situation, this is usually related to the fact the claimant's efforts have given him or her a special link to the property, in which case a constructive trust arises.

For these reasons, I hold the view that in order for a constructive trust to be found, in a family case as in other cases, monetary compensation must be inadequate and there must be a link between the services rendered and the property in which the trust is claimed. Having said this, I echo the comments of Cory J. at p. 1023 that the courts should exercise flexibility and common sense when applying equitable principles to family law issues with due sensitivity to the special circumstances that can arise in such cases.

The next question is the extent of the contribution required to give rise to a constructive trust. A minor or indirect contribution is insufficient. The question, to quote Dickson J. (as he then was) in *Pettkus v. Becker*, *supra*, at p. 852, is whether "[the plaintiff's] contribution [was] sufficiently substantial and direct as to entitle her to a portion of the profits realized upon sale of the ... property." Once this threshold is met, the amount of the contribution governs the extent of the constructive

par interprétation aux affaires de famille: «une telle restriction ferait obstacle à l'évolution et nuirait à la souplesse qui sont essentielles au développement des principes d'*equity*.» Je crains que le même résultat découlerait de l'élaboration de règles spéciales visant à établir l'existence de fiducies par interprétation dans les affaires de famille. Bref, le souci de clarté et d'uniformité de la doctrine dans ce domaine, qui préoccupe notre Cour depuis longtemps, veut que les principes fondamentaux régissant les droits et les réparations demeurent les mêmes dans tous les cas.

Il ne paraît pas non plus nécessaire d'établir une distinction entre les affaires dites «commerciales» ou «familiales» relativement au recours à la fiducie par interprétation. Dans les cas où une indemnité suffit, il n'est pas nécessaire de recourir à la fiducie par interprétation. En matière familiale, dans les cas où une indemnité n'est pas suffisante, c'est généralement parce que le plaignant a développé, par ses efforts, un lien spécial avec le bien en question, auquel cas il faut avoir recours à la fiducie par interprétation.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis qu'il y a lieu d'imposer une fiducie par interprétation, que ce soit dans un contexte familial ou autre, si une indemnité n'est pas suffisante et s'il existe un lien entre les services rendus et le bien qui serait grevé d'une fiducie. Cela étant dit, je fais miens les propos du juge Cory, à la p. 1023, que les tribunaux doivent faire preuve de souplesse et de bon sens lorsqu'ils appliquent les principes d'*equity* à des questions relevant du droit de la famille, tout en tenant bien compte des circonstances particulières de chaque cas.

La prochaine question est de déterminer quelle est l'étendue de la contribution requise aux fins du recours à la fiducie par interprétation. Une contribution mineure ou indirecte ne suffit pas. Selon le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, précité, à la p. 852, la question est la suivante: «[la] contribution [de la demanderesse] était-elle suffisamment importante et directe pour lui donner droit à une partie des profits réalisés sur la vente de la propriété». Une fois cette

trust. As Dickson J. wrote in *Pettkus v. Becker*, *supra*, at pp. 852-53:

Although equity is said to favour equality, as stated in *Rathwell* it is not every contribution which will entitle a spouse to a one-half interest in the property. The extent of the interest must be proportionate to the contribution, direct or indirect, of the claimant. Where the contributions are unequal, the shares will be unequal. [Emphasis added].

Cory J. advocates a flexible approach to determining whether a constructive trust is appropriate; an approach “based on common sense and a desire to achieve a fair result for both parties” (at p. 1023). While agreeing that courts should avoid becoming overly technical on matters which may not be susceptible of precise monetary valuation, the principle remains that the extent of the trust must reflect the extent of the contribution.

Before leaving the principles governing the remedy of constructive trust, I turn to the manner in which the extent of the trust is determined. The debate centres on whether it is sufficient to look at the value of the services which the claimant has rendered (the “value received” approach), or whether regard should be had to the amount by which the property has been improved (the “value survived” approach). Cory J. expresses a preference for a “value survived” approach. However, he also suggests, at p. 1025, that “there is no reason why *quantum meruit* or the value received approach could not be utilized to quantify the value of the constructive trust.” With respect, I cannot agree. It seems to me that there are very good reasons, both doctrinal and practical, for referring to the “value survived” when assessing the value of a constructive trust.

From the point of view of doctrine, “[t]he extent of the interest must be proportionate to the contribution” to the property: *Pettkus v. Becker*, *supra*,

condition remplie, le montant de la contribution déterminera l’étendue de la fiducie par interprétation. Comme le dit le juge Dickson dans l’arrêt *Pettkus c. Becker*, précité aux pp. 852 et 853:

a Bien que l’on dise que l’*equity* favorise l’égalité, l’arrêt *Rathwell* dit que toute contribution ne donnera pas droit à l’époux à une moitié des biens. La part de propriété doit être proportionnelle à la contribution, directe ou indirecte, du requérant. Là où les contributions sont inégales, les parts seront inégales. [Je souligne.]

b Le juge Cory préconise une démarche souple lorsque l’on doit déterminer si le recours à la fiducie par interprétation est approprié; la décision doit être prise «suivant le bon sens et avec le désir de régler équitablement le différend entre les parties» (à la p. 1023). Bien que je reconnaisse également que les tribunaux doivent éviter de devenir trop formalistes relativement à des questions non susceptibles de donner lieu à une évaluation pécuniaire précise, le principe demeure que l’étendue de la fiducie doit être fonction de l’étendue de la contribution.

c Avant de clore l’examen des principes régissant le recours à la fiducie par interprétation, j’aborderai la façon de déterminer l’étendue de la fiducie. Le débat porte principalement sur la question de savoir s’il est suffisant d’examiner la valeur des services rendus par la demanderesse (la méthode fondée sur la «valeur reçue»), ou s’il faut s’intéresser à la valeur des améliorations apportées au bien (la méthode fondée sur la «valeur accumulée»). Le juge Cory exprime une préférence pour la méthode fondée sur la «valeur accumulée». Toutefois, il dit aussi, à la p. 1025: «rien n’empêche d’utiliser la méthode du *quantum meruit* ou de la valeur reçue pour calculer la valeur de la fiducie par interprétation». Avec égards, je ne partage pas ce point de vue. À mon avis, il existe de très bonnes raisons, tant dans la doctrine qu’en pratique, qui militent en faveur de l’utilisation de la «valeur accumulée» aux fins de la détermination de la valeur d’une fiducie par interprétation.

d Du point de vue de la doctrine, «[l]a part de propriété doit être proportionnelle à la contribution»: arrêt *Pettkus c. Becker*, précité, à la p. 852. Com-

at p. 852. How is the contribution to the property to be determined? One starts, of necessity, by defining the property. One goes on to determine what portion of that property is attributable to the claimant's efforts. This is the "value survived" approach. For a monetary award, the "value received" approach is appropriate; the value conferred on the property is irrelevant. But where the claim is for an interest in the property one must, of necessity, it seems to me, determine what portion of the value of the property claimed is attributable to the claimant's services.

I note, as does my colleague, that there may also be practical reasons for favouring a "value survived" approach. Cory J., alludes to the practical problems with balancing benefits and detriments as required by the "value received" approach, leading some to question whether it is the least attractive approach in most family property cases (see *Davidson v. Worthing* (1986), 6 R.F.L. (3d) 113, McEachern C.J.S.C.; Hovius and Youdan, *supra*, at pp. 136 *et seq.*). Moreover, a "value survived" approach arguably accords best with the expectations of most parties; it is more likely that a couple expects to share in the wealth generated from their partnership, rather than to receive compensation for the services performed during the relationship.

To summarize, it seems to me that the first step in determining the proper remedy for unjust enrichment is to determine whether a monetary award is insufficient and whether the nexus between the contribution and the property described in *Pettkus v. Becker* has been made out. If these questions are answered in the affirmative the plaintiff is entitled to the proprietary remedy of constructive trust. In looking at whether a monetary award is insufficient the court may take into account the probability of the award's being paid as well as the special interest in the property acquired by the contributions: *per* La Forest J. in *Lac Minerals*. The value of that trust is to be determined on the basis of the actual value of the

ment doit-on déterminer la contribution à un bien? Par la force des choses, on doit tout d'abord commencer par définir le bien pour déterminer ensuite quelle part est imputable aux efforts du requérant. C'est l'analyse fondée sur la «valeur accumulée». Dans le cas du versement d'une indemnité, il convient d'utiliser la méthode fondée sur la «valeur reçue»; la valeur conférée au bien n'est pas pertinente. Toutefois, dans le cas où le requérant demande un intérêt sur le bien, il faut nécessairement, il me semble, déterminer quelle part de la valeur du bien réclamé est imputable aux services du requérant.

À l'instar de mon collègue, je fais remarquer qu'il peut y avoir des raisons pratiques de favoriser une méthode fondée sur la «valeur accumulée». Le juge Cory a fait allusion aux problèmes pratiques de soupeser les avantages et les désavantages, qu'exige la méthode fondée sur la «valeur reçue», amenant certains auteurs à se demander si cette méthode ne serait pas la moins intéressante dans la plupart des cas où il s'agit de biens familiaux (voir *Davidson c. Worthing* (1986), 6 R.F.L. (3d) 113, le juge en chef McEachern; Hovius et Youdan, *op. cit.*, aux pp. 136 et suiv.). Par ailleurs, on peut soutenir que c'est la méthode fondée sur la «valeur accumulée» qui sera le plus compatible avec les attentes de la plupart des parties; un couple s'attendra davantage à participer à la richesse générée par la relation qu'à être indemnisé des services rendus pendant la durée de la relation.

En résumé, il me semble qu'il faille tout d'abord, dans l'examen de la réparation qui convient, déterminer si une simple indemnité est insuffisante pour remédier à l'enrichissement sans cause et si le lien entre la contribution et le bien, décrit dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, a été établi. Si ces questions reçoivent une réponse affirmative, le demandeur a droit à la réparation sous forme d'intérêt propriétaire que constitue la fiducie par interprétation. Lorsqu'il se demande si l'indemnité est insuffisante, le tribunal peut tenir compte de la probabilité du paiement de l'indemnité en question ainsi que de l'intérêt spécial sur le bien acquis au moyen des contributions: voir le juge La Forest dans l'arrêt *Lac Minerals*. La valeur de la fiducie

matrimonial property—the “value survived” approach. It reflects the court’s best estimate of what is fair having regard to the contribution which the claimant’s services have made to the value surviving, bearing in mind the practical difficulty of calculating with mathematical precision the value of particular contributions to the family property.

I turn now to application of these principles to the case at bar. The trial judge began by assessing the value received by the respondent (the *quantum meruit*). He went on to conclude that a monetary judgment would be inadequate. The respondent had few assets other than his houseboat and van, and no income save for a War Veteran’s Allowance. The judge concluded, as I understand his reasons, that there was a sufficiently direct connection between the services rendered and the property to support a constructive trust, stating that “[the appellant] has shown that there was a positive proprietary benefit conferred by her upon the Sicamous property.” Accordingly, he held that the remedy of constructive trust was made out. This approach accords with principles discussed above. In effect, the trial judge found the monetary award to be inadequate on the grounds that it would not be paid and on the ground of a special contribution to the property. These findings support the remedy of constructive trust in the property.

The remaining question is the quantification of the trust. The trial judge calculated the *quantum meruit* for her housekeeping for 12 years at \$350 per month and reduced that figure by 50 percent “for the benefits she received.” The final amount was \$25,200. He then reasoned that, since the services rendered amounted to \$25,200 after appropriate deductions, it follows that the appellant should receive title to the respondent’s property, valued at \$23,200. The missing step in this analysis is the failure to link the value received with the

doit être calculée en fonction de la valeur réelle du bien matrimonial—la méthode fondée sur la «valeur accumulée». Cette méthode permet d’arriver à la meilleure estimation de ce que le tribunal considère comme équitable par rapport à la contribution que les services du requérant ont apportée à la valeur accumulée, si l’on tient compte de la difficulté en pratique de calculer avec une précision mathématique la valeur des contributions particulières apportées aux biens familiaux.

J’examinerai maintenant l’application de ces principes en l’espèce. Le juge de première instance a commencé par faire une estimation de la valeur reçue par l’intimé (le *quantum meruit*). Il a décidé qu’un jugement de nature pécuniaire ne serait pas suffisant. L’intimé possédait peu de biens à part sa caravane flottante et sa fourgonnette et ne recevait aucun revenu, sauf ses allocations d’anciens combattants. Le juge était d’avis, selon l’interprétation que je donne à ses motifs, qu’il y avait un lien direct suffisant entre les services rendus et le bien-fonds pour appuyer l’existence d’une fiducie par interprétation; il a dit que [TRADUCTION] «[l’appellante] a établi avoir contribué à la valorisation de la propriété de Sicamous.» Par conséquent, il a déterminé que le recours à la fiducie par interprétation avait été établi. Cette méthode est compatible avec les principes qui ont été analysés précédemment. En effet, le juge de première instance a conclu qu’une indemnité ne serait pas suffisante d’une part, parce qu’elle ne serait pas payée et, d’autre part, parce qu’il y avait eu une contribution spéciale au bien en question. Ces conclusions appuient le recours à la fiducie par interprétation relativement au bien en cause.

Il reste à trancher la question de la quantification de la fiducie. Le juge de première instance a évalué à 350 \$ par mois le *quantum meruit* des services domestiques rendus pendant 12 ans, montant qu’il a ensuite réduit de 50 pour 100 pour tenir compte «des avantages reçus» par la demanderesse. Le montant obtenu s’élevait à 25 200 \$. Le juge a alors fait le raisonnement que l’appelante devrait recevoir le titre du bien-fonds de l’intimé, évalué à 23 200 \$, puisque la valeur des services rendus s’élevait à 25 200 \$. Le maillon manquant dans ce

value surviving. As discussed above, a constructive trust cannot be quantified by simply adding up the services rendered; the court must determine the extent of the contribution which the services have made to the parties' property.

Notwithstanding the trial judge's failure to make this link, his conclusion that the appellant had established a constructive trust entitling her to title to the family home can be maintained if a trust of this magnitude is supported on the evidence. This brings me to a departure from the methods used below. The parties and the Court of Appeal appear to have treated the house as a single asset rather than as part of a family enterprise. This led to the argument that the appellant could not be entitled to full ownership in the house because the respondent had contributed to its value as well. The approach I would take—and the approach I believe the trial judge implicitly to have taken—is to consider the appellant's proper share of all the family assets. This joint family venture, in effect, was no different from the farm which was the subject of the trust in *Pettkus v. Becker*.

With this in mind, I turn to the evidence on the extent of the contribution. The appellant provided extensive household services, over a period of 12 years, including care for the children while they were living at the house and maintenance of the property. The testimony of the plaintiff's son provides a general idea of her contribution to the family enterprise:

Q. What sort of things did she do?

A. She did all the motherly duties for all of us.

A. When [the defendant's] two sons and my brother and I were there still, even when my sisters were there, that was quite a long time ago, I was quite

raisonnement est l'absence de lien entre la valeur reçue et la valeur accumulée. Il ressort de ce qui précède que la quantification d'une fiducie par interprétation n'est pas le résultat d'une simple addition de la valeur des services rendus; le tribunal doit examiner dans quelle mesure les services rendus ont contribué à l'avoir des parties.

Bien que le juge de première instance ait omis de faire ce lien, sa conclusion que l'appelante avait établi l'existence d'une fiducie par interprétation lui conférant un titre de propriété sur la maison familiale peut être maintenue pourvu que la preuve appuie l'existence d'une fiducie de cette amplitude. Je m'écarterai des méthodes utilisées devant les juridictions inférieures. Les parties et la Cour d'appel semblent avoir considéré la maison comme un bien isolé et non comme un élément d'une entreprise familiale, ce qui a mené à l'argument que l'appelante ne pouvait avoir droit à la pleine propriété de la maison parce que l'intimé avait aussi contribué à sa valeur. La méthode que je préconise—qui est aussi, à mon avis, celle que le juge de première instance a implicitement adoptée—consiste à examiner la part de l'ensemble du patrimoine familial qui revient à l'appelante. En effet, cette coentreprise familiale n'est pas différente de la ferme qui a été grevée d'une fiducie dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*.

Cela dit, j'examinerai maintenant la preuve établissant l'étendue de la contribution. L'appelante a fourni d'importants services ménagers, pendant une période de 12 ans, et s'est occupée du soin des enfants pendant que ceux-ci vivaient au foyer ainsi que de l'entretien de la propriété. Le témoignage du fils de la demanderesse donne une idée générale de la contribution qu'elle a apportée à l'entreprise familiale:

[TRADUCTION]

Q. Quelles sortes de choses faisait-elle?

R. Elle remplissait toutes les fonctions d'une mère pour nous tous.

R. Lorsque les deux fils [du défendeur], mon frère et moi vivions encore à la maison, même lorsque mes sœurs y étaient, il y a de cela très longtemps,

young, so there was nothing really bad then, but after the sisters left, she took care of all the duties, cooking and stuff like that, cleaning, laundry. She had her ringer washer, she would do the laundry, she'd worked in the garden, things like that. She took care of all things around the house, when he was gone especially.

j'étais bien jeune, ce n'était pas si mal alors, mais lorsque mes sœurs sont parties, elle faisait tout, la cuisine, le ménage et la lessive. Elle avait une machine à laver avec essoreuse, elle travaillait dans le potager, des choses comme ça. Elle s'occupait de tout dans la maison, surtout quand il était parti.

Q. Do you remember what work your mother did in the yard outside?

A. M'hm, they both got together doing the garden, he would do the roto-tilling, they would both take care of the planting and stuff; when he was gone, she would do all the weeding and keeping up. They would share the watering of the garden. She put together three or four flower gardens all herself, except for the hard heavy work, like lifting rocks, when she first started, that was shared by all of us, including the kids.

Q. Vous souvenez-vous de ce que votre mère faisait à l'extérieur?

R. Mhm, tous les deux travaillaient dans le potager, lui, il s'occupait du rotoculteur, tous les deux s'occupaient de faire la plantation et de choses comme ça; quand il était parti, elle s'occupait d'arracher les mauvaises herbes et de l'entretien. Tous les deux s'occupaient de l'arrosage du potager. Elle faisait trois ou quatre jardins de fleurs et s'en occupait toute seule, sauf pour ce qui est du travail très dur, comme l'enlèvement des roches, lorsqu'elle a commencé, ce à quoi nous avons tous participé, y compris les enfants.

Of all the chores performed around the property, the son states that the various siblings had minor chores, such as chopping wood and making beds. "Everything else, the major stuff, she would take care of." Other evidence, including testimony from Catherine Peter and William Beblow, supports this picture of the appellant's contribution. The trial judge held that while the respondent worked in the construction business,

Le fils a dit que les jeunes enfants avaient de menues tâches, comme couper le bois ou faire les lits, mais que la mère s'occupait de toutes les autres tâches importantes. Les autres témoignages, y compris ceux de Catherine Peter et de William Beblow, appuient le tableau dressé de la contribution de l'appelante. Le juge de première instance a dit qu'à l'époque où l'intimé travaillait dans la construction,

... he would be away from home during the week and would return on the weekend whenever possible. While he was absent, the Plaintiff would care for the property in the home and care for the children while he was away.

[TRADUCTION] ... il n'était pas à la maison pendant la semaine et y retournait si possible la fin de semaine. Pendant son absence, la demanderesse s'occupait de l'entretien des biens et du soin des enfants.

In effect, the Plaintiff by moving into the Respondent's home became his housekeeper on a full-time basis without remuneration except for the food and shelter that she and the children received until the children left home.

En fait, en déménageant dans la maison de l'intimé, la demanderesse est devenue sa bonne à temps plein sans la moindre rémunération, si l'on exclut les aliments et l'hébergement qu'elle et les enfants ont reçus jusqu'à ce que les enfants aient quitté le foyer.

The respondent also contributed to the value of the family enterprise surviving at the time of breakup; he generated most of the family income and helped with the maintenance of the property.

L'intimé a aussi contribué à l'accumulation de la valeur de l'entreprise familiale telle qu'elle existait au moment de la rupture; en effet, il gagnait la majeure partie du revenu et aidait à l'entretien de la propriété.

Clearly, the appellant's contribution—the “value received” by the respondent—was considerable. But what then of the “value surviving”? It seems clear that the maintenance of the family enterprise through work in cooking, cleaning, and landscaping helped preserve the property and saved the respondent large sums of money which he was able to use to pay off his mortgage and to purchase a houseboat and a van. The appellant, for her part, had purchased a lot with her outside earnings. All these assets may be viewed as assets of the family enterprise to which the appellant contributed substantially.

The question is whether, taking the parties' respective contributions to the family assets and the value of the assets into account, the trial judge erred in awarding the appellant a full interest in the house. In my view, the evidence is capable of supporting the conclusion that the house reflects a fair approximation of the value of the appellant's efforts as reflected in the family assets. Accordingly, I would not disturb the award.

I would allow the appeal with costs.

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

CORY J.—The issue in this appeal is whether the provision of domestic services during 12 years of cohabitation in a common law relationship is sufficient to establish the proprietary link which is required before the remedy of constructive trust can be applied to redress the unjust enrichment of one of the partners in the relationship. Further, consideration must be given to the extent to which the remedy of constructive trust should be applied in terms of amount or proportion.

Factual Background

In April 1973, the respondent asked the appellant to come and live with him. That same month,

De toute évidence, la contribution de l'appelante —la «valeur reçue» par l'intimé—a été considérable. Toutefois, qu'en est-il alors de la «valeur accumulée»? Il semble évident que l'entretien de l'entreprise familiale, que l'on parle de cuisine, de nettoyage ou d'aménagement paysager, a aidé à préserver le bien et à épargner à l'intimé d'importantes sommes d'argent qu'il a pu utiliser pour éteindre son hypothèque et acheter une caravane flottante et une fourgonnette. Quant à l'appelante, elle avait acheté un terrain avec des revenus gagnés à l'extérieur. Tous ces biens peuvent être considérés comme ceux de l'entreprise familiale, auxquels l'appelante a apporté une contribution considérable.

La question est de savoir, compte tenu des contributions respectives des parties aux biens familiaux et à la valeur de ces biens, si le juge de première instance a commis une erreur en accordant à l'appelante la pleine propriété de la maison. À mon avis, la preuve appuie la conclusion que la valeur de la maison représente une approximation équitable de la valeur de la contribution de l'appelante au patrimoine familial. En conséquence, je ne modifierais pas la réparation accordée.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory rendus par

LE JUGE CORY—Le présent pourvoi vise à déterminer si la prestation de services domestiques pendant 12 ans de cohabitation dans le cadre d'une union de fait suffit pour établir le lien qui doit exister avec le bien avant que l'on puisse accorder la réparation qu'est la fiducie par interprétation dans le cas où il y a enrichissement sans cause de l'une des parties à l'union. Il nous faut également examiner quelle devrait être l'étendue de la fiducie par interprétation, sous le rapport du montant ou de la proportion.

Les faits

En avril 1973, l'intimé a demandé à l'appelante de venir vivre avec lui. Au cours du même mois,

the appellant together with her four children moved into the respondent's home in Sicamous, B.C. At the time, two children of the respondent were living in the home. The parties continued to live together in a common law relationship for over 12 years, separating in June 1985. During this entire time the appellant acted as the wife of the respondent. She was a stepmother to his children until 1977 while they remained in the home. As well, she cared for her own children, the last one leaving in 1980.

During the 12 years, the appellant cooked, cleaned, washed clothes and looked after the garden. As well, she worked on the Sicamous property, undertaking such projects as painting the fence, planting a cedar hedge, buying flowers and shrubs for the property and building a rock garden. She built a pig pen. She kept chickens for a few years, butchering and cooking them for the family. During the winters, the appellant shovelled snow, chopped wood and made kindling. The respondent did not pay the appellant for any of her work. Both the appellant and the respondent contributed to the purchase of groceries and household supplies, although the respondent contributed a greater share.

In the first year of the relationship the appellant did not undertake outside work and spent eight hours a day doing housework and work on the Sicamous property. In subsequent years, she took part-time work as a cook from June to October. During these months she worked some six hours a day at a rate of \$4.50 per hour. Except for one winter when she worked at a bakery, the appellant received unemployment insurance benefits in the winter months.

Throughout the relationship, the respondent worked on a more or less full-time basis as a grader operator. His work frequently took him out of town to various locations in British Columbia.

Before he met the appellant, the respondent had lived in a common law relationship with another

l'appelante et ses quatre enfants sont déménagés dans la maison de l'intimé à Sicamous (C.-B.). À l'époque, deux enfants de l'intimé vivaient encore au foyer. Les parties ont vécu comme conjoints de fait pendant plus de 12 ans; elles se sont séparées en juin 1985. Pendant toute la durée de la relation, l'appelante s'est comportée comme l'épouse de l'intimé. Elle a tenu lieu de mère à ses enfants jusqu'en 1977, pendant tout le temps qu'ils sont demeurés au foyer. Elle s'est également occupée de ses propres enfants, le dernier ayant quitté le foyer en 1980.

Pendant ces 12 années, l'appelante a fait la cuisine, le nettoyage, la lessive et s'est occupée du potager. Elle a également mené à bien certains travaux à la propriété de Sicamous: peint les clôtures, planté une haie de cèdres, acheté des fleurs et des arbustes et construit une rocaille. Elle a aussi construit une porcherie. Elle a fait l'élevage de poulets pendant quelques années et s'est occupée de leur abattage pour nourrir la famille. Pendant l'hiver, l'appelante pelletait la neige, coupait du bois et préparait le bois d'allumage. L'intimé n'a pas rémunéré l'appelante pour ce travail. Ils ont tous deux contribué, quoique dans une plus grande mesure pour l'intimé, à l'achat de l'épicerie et des fournitures domestiques.

Au cours de la première année de la relation, l'appelante ne travaillait pas à l'extérieur et consacrait huit heures par jour aux travaux ménagers et à l'entretien de la propriété de Sicamous. Au cours des années qui ont suivi, elle a commencé à travailler à temps partiel comme cuisinière entre les mois de juin et d'octobre, à raison de six heures par jour au taux horaire de 4,50 \$. Tous les hivers, sauf celui où elle a travaillé dans une boulangerie, l'appelante recevait des prestations d'assurance-chômage.

Tout au long de la relation, l'intimé a travaillé plus ou moins à temps plein comme opérateur de niveleuse. Il a fréquemment dû aller travailler à l'extérieur de la ville à divers endroits en Colombie-Britannique.

Avant de rencontrer l'appelante, l'intimé avait vécu dans une union de fait avec une autre femme

woman for five years. When she left his home he hired housekeepers. The last housekeeper he had before the appellant came to his home was paid at a rate of \$350 per month.

The trial judge accepted the appellant's testimony that the respondent had asked her to live with him because he needed someone to care for his two children. This need arose when the welfare authorities expressed some concern that the respondent left the children alone when he was working away from home.

When the parties met, the appellant had savings of \$100. In 1976, she purchased a property in Saskatchewan for \$2,500. She sold this property in 1980 for \$8,000 and purchased a property at 100 Mile House for \$6,500. She used the remainder of the sale proceeds for a trip to Reno. At the time of trial, the appellant still owned the 100 Mile House property.

The respondent had purchased the Sicamous property in 1971 for \$8,500. Some \$900 was paid in cash and the balance of \$7,600 was secured by a mortgage. The respondent was able to pay off the mortgage in 1975. The estimated market value of the Sicamous property as of 1987 was \$17,800. The property's assessed value in that year was \$23,200. In that same year, the respondent rented the property. The tenants were given an option to purchase it for \$28,000. The option was not exercised.

With the passage of time, the respondent began to drink heavily and became verbally and physically abusive to the appellant. As a result, the appellant moved out of the Sicamous home on June 7, 1985. At the time of the trial, she was on welfare and lived in a trailer court in Sicamous. The respondent by that time had retired and was living on a houseboat in Enderby, B.C. The Sicamous house and property were vacant.

The appellant brought an action claiming that the respondent had been unjustly enriched over the years of the relationship as a result of the work

pendant cinq ans. À la rupture de cette union, l'intimé a engagé des aides ménagères. La dernière recevait un salaire de 350 \$ par mois.

Le juge de première instance a accepté le témoignage de l'appelante que l'intimé lui a demandé de vivre avec lui parce qu'il avait besoin de quelqu'un pour s'occuper de ses deux enfants. Ce besoin s'était fait sentir lorsque les services de l'aide sociale se sont inquiétés du fait que les enfants étaient laissés seuls à la maison pendant que l'intimé travaillait à l'extérieur.

Lorsque les parties se sont rencontrées, l'appelante avait des économies de 100 \$. En 1976, elle a acheté une propriété en Saskatchewan pour la somme de 2 500 \$. Elle l'a vendue en 1980 pour la somme de 8 000 \$ et en acheté une autre située au 100 Mile House pour la somme de 6 500 \$. Avec le solde du prix de vente, elle a fait un voyage à Reno. Au moment du procès, l'appelante était toujours propriétaire du 100 Mile House.

L'intimé a acheté la propriété de Sicamous en 1971 pour la somme de 8 500 \$, dont 900 \$ au comptant et le solde de 7 600 \$ garanti par hypothèque. L'intimé a éteint l'hypothèque en 1975. En 1987, la valeur marchande estimative du bienfonds s'élevait à 17 800 \$ et sa valeur imposable, à 23 200 \$. Cette année-là, l'intimé a loué la propriété. Les locataires avaient une option d'achat pour 28 000 \$, qu'ils n'ont pas exercé.

Au fil des ans, l'intimé a commencé à boire beaucoup et à se montrer verbalement et physiquement violent envers l'appelante. Celle-ci a quitté le foyer de Sicamous le 7 juin 1985. Lors du procès, elle était bénéficiaire de l'aide sociale et vivait dans un parc pour caravanes à Sicamous. L'intimé, lui, était à la retraite et vivait dans une caravane flottante à Enderby (C.-B.). La maison et le bienfonds de Sicamous n'étaient pas occupés.

L'appelante a intenté une action fondée sur l'enrichissement sans cause de l'intimé pendant les années de la relation en raison du travail qu'elle a

which she performed in his home without payment of any kind. She sought to have a constructive trust imposed on her behalf in respect of the Sicamous property or in the alternative, monetary damages as compensation for the labour and services she provided to the respondent.

Courts Below

Trial Judgment

On the basis of *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38, the trial judge determined that in order to establish an unjust enrichment, the plaintiff must prove:

- (1) enrichment;
- (2) a corresponding deprivation; and
- (3) the absence of any juristic reason for the enrichment.

He decided there must also be a clear causal connection between the spousal contribution founding the unjust enrichment and the property which is alleged to be the subject of the constructive trust.

The trial judge found that there had been an enrichment since the respondent had obtained the services of a housekeeper, homemaker and step-mother to his children without compensation. He further found that the plaintiff was deprived of any compensation from her labour since she devoted the majority of her time and energy and some of the monies which she earned for the benefit of the respondent, his children and his Sicamous property. Lastly, he found that there was no juristic reason for the enrichment, that is to say the appellant was under no obligation to perform the work and assist in the home without some reasonable expectation of compensation. He found that she was entitled to receive something other than the drunken physical abuse to which she had been subjected by the respondent. He concluded that the respondent ought to have known that the appellant would have a reasonable expectation that she would be compensated. He also concluded that she

effectué au foyer sans la moindre rémunération. Elle a cherché à se faire déclarer bénéficiaire d'une fiducie par interprétation à l'égard de la propriété de Sicamous ou, subsidiairement, à obtenir des dommages-intérêts à titre d'indemnisation pour le travail et les services qu'elle a fournis à l'intimé.

Les juridictions inférieures

b En première instance

Se fondant sur l'arrêt *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38, le juge de première instance a conclu que, pour établir l'existence d'un enrichissement sans cause, la demanderesse devait faire la preuve:

- (1) d'un enrichissement;
- (2) d'un appauvrissement correspondant; et
- (3) de l'absence de tout motif juridique à l'enrichissement.

Il a aussi conclu qu'il doit y avoir un lien de causalité évident entre la contribution du conjoint à la base de l'enrichissement sans cause et le bien à l'égard duquel une fiducie par interprétation devrait être imposée.

Le juge de première instance a conclu qu'il y avait eu enrichissement de l'intimé puisqu'il avait obtenu sans rémunération les services d'une aide ménagère, d'une personne au foyer et d'une mère pour ses enfants. Il a également affirmé que la demanderesse avait été privée de toute indemnisation pour son travail puisqu'elle avait consacré la majeure partie de son temps et de son énergie, ainsi qu'une partie de l'argent qu'elle avait gagné au bénéfice de l'intimé, de ses enfants et de la propriété de Sicamous. Enfin, il a affirmé qu'il n'existait aucun motif juridique à l'enrichissement, c'est-à-dire que la demanderesse n'avait aucune obligation d'effectuer le travail en question, sans une attente raisonnable de rémunération. Il a précisé que l'appelante avait droit à autre chose qu'aux agressions dont elle a été victime quand l'intimé était en état d'ébriété. Il a aussi conclu que l'intimé aurait dû savoir que l'appelante s'attendrait raisonnablement à être rémunérée. À son avis, l'appe-

had shown that there was a proprietary benefit conferred by her upon the Sicamous property.

The trial judge then considered what would be a fair and equitable compensation. He took into account the realities of the relationship and the assets and income of the parties in order to fashion the appropriate relief. He observed that if the appellant had been employed as a housekeeper for 12 years at \$350 per month, the amount the respondent had paid his last housekeeper before the appellant moved in, she would have earned \$50,400. He allowed a 50 percent reduction for the benefits the appellant had received in the relationship and settled on the amount which should be paid to her as \$25,200.

He then concluded that the fairest disposition of the case would be to award the Sicamous property to the appellant. He noted that the respondent was living in Enderby, on a houseboat. He noted that the respondent also had a van. The respondent was living on a War Veteran's allowance and was retired. It was obvious to the trial judge that a monetary judgment would be impracticable, probably unrealistic and would not be reasonable under the circumstances. He therefore concluded that the fairest apportionment would be to have the house and land in Sicamous transferred to the appellant free and clear of encumbrances.

Court of Appeal (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 266

The respondent on the appeal contended that, the trial judge had erred first in finding that there had been an unjust enrichment of the respondent, and secondly, that even if there had been an unjust enrichment, that he had erred in ordering the transfer of the Sicamous property to the appellant.

Macdonald J.A., writing on behalf of the court, observed that it had been conceded that the respondent had indeed been enriched by receiving the benefit of the appellant's labour and services. Thus, the first condition of *Sorochan* had been met. However, he found that the remaining conditions

lante a établi qu'elle avait contribué à la valorisation de la propriété de Sicamous.

Le juge de première instance a ensuite examiné ce qui constituerait une réparation juste et équitable. À cette fin, il a tenu compte des circonstances de la relation ainsi que de l'avoir et du revenu des parties. Si l'appelante avait été employée comme aide ménagère pendant 12 ans, en contrepartie d'une rémunération de 350 \$ par mois (salaire de la dernière aide ménagère de l'intimé), elle aurait gagné la somme de 50 400 \$. Le juge a ensuite réduit cette somme de moitié afin de tenir compte des avantages que l'appelante avait tirés de la relation et fixé à 25 200 \$ le montant qui devait lui être versé.

Il a ensuite conclu que la réparation la plus équitable serait d'accorder à l'appelante la propriété de Sicamous. Il a fait remarquer que l'intimé vivait à Enderby, sur une caravane flottante. Il a aussi indiqué qu'il possédait une fourgonnette, qu'il est bénéficiaire d'allocations aux anciens combattants et qu'il est à la retraite. Le juge de première instance a précisé que de toute évidence un jugement de nature pécuniaire ne serait pas pratique, ni vraisemblablement réaliste, ni raisonnable dans les circonstances. En conséquence, il a conclu que le partage le plus équitable serait la cession à l'appelante, libre et quitte de toute charge, de la maison et du terrain de Sicamous.

La Cour d'appel (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 266

En appel, l'intimé a soutenu que le juge de première instance a commis une erreur, d'une part, en concluant qu'il avait bénéficié d'un enrichissement sans cause et, d'autre part, même à supposer qu'il y avait eu enrichissement sans cause, que le juge a commis une erreur en ordonnant la cession à l'appelante de la propriété de Sicamous.

Le juge Macdonald, s'exprimant au nom de la cour, fait remarquer qu'il a été admis que l'intimé s'est enrichi en profitant du travail et des services de l'appelante. En conséquence, la première condition établie dans l'arrêt *Sorochan* a été remplie. Toutefois, il conclut que les autres conditions ne

had not been fulfilled. The Court of Appeal disagreed with the trial judge's finding that there had been any deprivation suffered by the appellant. It found that the appellant had not been deprived as she and her children had lived in the respondent's home rent-free with the respondent's contributing more for the family's groceries than she had. He noted that the appellant had been able to acquire property and he took this as evidence that the appellant had not suffered any deprivation.

Macdonald J.A. further concluded that even if there was an imbalance sufficient to support a finding of deprivation, the unjust enrichment claim did not meet the third condition, namely the absence of any juristic reason for the enrichment. In his view, the appellant had failed to establish, as required by *Sorochan*, that she had prejudiced herself on the reasonable expectation of receiving something in return for her work and services. He stressed that there was not, as in other cases, the holding out of a promise to marry. Even though the respondent would, when he was drinking, ask the appellant to marry him, she never took those requests seriously.

Finally, even if all the conditions of unjust enrichment had been met, Macdonald J.A. disagreed with the trial judge's disposition. In his view, there was not a sufficient nexus between the appellant's contribution and the Sicamous property to entitle the appellant to receive, by way of relief, the property itself rather than a monetary judgment. He decided at p. 272 that the "relatively minor gardening activities and household tasks and expenditures over the 12 years of cohabitation" fell short of establishing a positive contribution to the acquisition, preservation, maintenance or improvement of the property. As a result, it was held that there was no legal ground upon which an order could be made transferring the property to the appellant. The appeal was allowed and the appellant's action was dismissed.

l'ont pas été. La Cour d'appel n'est pas d'accord avec le juge de première instance pour dire que l'appelante a subi un appauvrissement puisque ses enfants et elle ont vécu dans la résidence de l'intimé sans devoir payer de loyer et que l'intimé a contribué pour une plus grande part qu'elle à l'achat de l'épicerie pour la famille. À son avis, l'achat d'une propriété par l'appelante prouve qu'elle n'a subi aucun appauvrissement.

Le juge Macdonald estime aussi que, même s'il existait entre les parties un déséquilibre suffisant pour conclure à un appauvrissement de l'appelante, la revendication fondée sur l'enrichissement sans cause ne satisfaisait pas à la troisième condition, savoir l'absence de tout motif juridique à l'enrichissement. À son avis, l'appelante n'a pas réussi à établir, comme l'exige l'arrêt *Sorochan*, qu'elle s'est causé un préjudice dans l'attente raisonnable de recevoir quelque chose en contrepartie de son travail et de ses services. Il fait remarquer qu'il n'y a pas eu, comme dans d'autres arrêts, promesse de mariage. Même si l'intimé, lorsqu'il buvait, demandait à l'appelante de l'épouser, elle n'a jamais pris ces propositions au sérieux.

Enfin, même si toutes les conditions de l'enrichissement sans cause étaient réunies, le juge Macdonald n'est pas d'accord avec la décision du juge de première instance. À son avis, il n'y a pas de lien suffisant entre la contribution de l'appelante et la propriété de Sicamous pour conférer à celle-ci le droit de recevoir, à titre de réparation, le bien-fonds même au lieu d'une somme d'argent. Il a décidé, à la p. 272, que [TRADUCTION] «les activités de jardinage, les tâches ménagères et les dépenses relativement peu importantes faites par l'appelante au cours des 12 années de cohabitation» ne permettent pas d'établir une contribution positive à l'acquisition, à la préservation, à l'entretien ou à l'amélioration de la propriété. En conséquence, il a conclu qu'il n'existait aucun fondement juridique justifiant une ordonnance de cession de la propriété à l'appelante. L'appel a été accueilli et l'action de l'appelante rejetée.

Position of the Respondent

The respondent, conceded that there was an unjust enrichment, but contended that there was no corresponding deprivation suffered by the appellant. It was said that she was adequately compensated for her services by the respondent's provision of free shelter and a large portion of the groceries.

Second, it was argued that the domestic services provided by the appellant did not establish any causal link to or proprietary interest in the Sicamous property.

The Court of Appeal clearly agreed with the respondent on these issues. With respect, I believe they erred in reaching these conclusions.

Should the Doctrines of Unjust Enrichment and Constructive Trust be Applied to 'Common Law' Relationships?

It may be helpful to review once again the application and extension of the doctrine of constructive trust. In Scott, *The Law of Trusts*, vol. 5 (4th ed. 1989), at p. 304, the following definition appears:

A constructive trust arises where a person who holds title to property is subject to an equitable duty to convey it to another on the ground that he would be unjustly enriched if he were permitted to retain it.

This definition, which appeared in the same form in earlier editions, was cited with approval in the dissenting reasons of Laskin J. (as he then was) in *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423. In later decisions of this Court the definition has provided a basis for the application of the constructive trust remedy in matrimonial situations.

In *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, Dickson J. (as he then was) writing for the majority, applied the doctrine of constructive trust to a common law relationship. He noted that a court must first determine whether a claim for unjust

La position de l'intimé

L'intimé a reconnu l'enrichissement sans cause, mais a soutenu qu'il n'y avait pas eu appauvrissement correspondant de l'appelante. Il a affirmé avoir suffisamment indemnisé l'appelante de ses services en l'hébergeant gratuitement et en payant une grande partie de la facture d'épicerie.

Deuxièmement, il a soutenu qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre les services domestiques fournis par l'appelante et la propriété de Sicamous, ni d'ailleurs d'intérêt propriétairel.

La Cour d'appel était clairement d'accord avec l'intimé sur ces questions. Avec égards, je crois qu'elle a commis une erreur dans ces conclusions.

Les principes de l'enrichissement sans cause et de la fiducie par interprétation devraient-ils être appliqués à une union de fait?

Il peut être utile d'examiner encore une fois l'application et l'étendue des principes de la fiducie par interprétation. Dans leur ouvrage *The Law of Trusts*, vol. 5 (4^e éd. 1989), à la p. 304, Scott donnent la définition suivante:

[TRADUCTION] Il y a fiducie par interprétation lorsque le titulaire du droit de propriété est assujéti à l'obligation en *equity* de le transférer à une autre personne parce qu'il s'enrichirait injustement s'il lui était permis de le conserver.

Cette définition, qui reprend celle des éditions antérieures de l'ouvrage, a été citée et approuvée par le juge Laskin (plus tard Juge en chef) dans ses motifs dissidents, dans l'arrêt *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423. Dans des arrêts ultérieurs de notre Cour, cette définition a servi de fondement à l'application de la fiducie par interprétation à titre de réparation dans les causes matrimoniales.

Dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), s'exprimant au nom de la Cour, à la majorité, a appliqué les principes de la fiducie par interprétation à une union de fait. Il a indiqué qu'un tribunal

enrichment has been established. If it has, then a court must determine whether, in the circumstances presented, a constructive trust is the appropriate remedy to apply to redress the unjust enrichment. In order to determine that there has been an unjust enrichment, the following three conditions must be fulfilled:

- (1) there has been an enrichment;
- (2) a corresponding deprivation has been suffered by the person who supplied the enrichment; and
- (3) there is an absence of any juristic reason for the enrichment itself.

The importance of *Pettkus v. Becker*, was emphasized in *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426. There at p. 471 Dickson C.J. wrote:

The constructive trust has existed for over two hundred years as an equitable remedy for certain forms of unjust enrichment Until the decision of this Court in *Pettkus v. Becker*, the constructive trust was viewed largely in terms of the law of trusts, hence the need for the existence of a fiduciary relationship. In *Pettkus v. Becker*, the Court moved to an approach more in line with restitutionary principles by explicitly recognizing constructive trust as one of the remedies for unjust enrichment.

Subsequently, this Court made it clear that the constructive trust remedy may also be applied in circumstances where the spouse has contributed not to the acquisition of property but rather to its preservation, maintenance or improvement. In *Sorochan v. Sorochan*, *supra*, Dickson C.J. gave the reasons for a unanimous Court. There the parties had never married but had cohabited on a farm in Alberta from 1940 to 1982. It is significant that before the parties began living together the defendant was, together with his brother, the owner of the farmland. Thus the lands were not acquired during the period of cohabitation. During the time they lived together the parties had six children.

devait tout d'abord déterminer si l'on a établi l'enrichissement sans cause. Dans l'affirmative, le tribunal doit alors examiner si, dans les circonstances de l'espèce, la fiducie par interprétation est la réparation appropriée pour remédier à l'enrichissement sans cause. Afin de déterminer s'il y a eu enrichissement sans cause, trois conditions doivent être réunies:

- (1) il doit y avoir eu enrichissement;
- (2) la personne qui a fourni l'enrichissement doit avoir subi un appauvrissement correspondant; et
- (3) il doit y avoir absence de tout motif juridique à l'enrichissement.

Dans l'arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426, notre Cour a fait ressortir l'importance de l'arrêt *Pettkus c. Becker*. Le juge en chef Dickson affirme à la p. 471:

La fiducie par interprétation existe depuis plus de deux cents ans à titre de redressement en *equity* contre certaines formes d'enrichissement sans cause. [. . .] Jusqu'à l'arrêt de cette Cour *Pettkus c. Becker*, la fiducie par interprétation était perçue surtout sous l'angle du droit des fiducies, d'où la nécessité d'une relation fiduciaire. Dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, cette Cour a choisi d'adopter un point de vue plus conforme aux principes de restitution en reconnaissant explicitement que la fiducie par interprétation constitue l'un des redressements contre l'enrichissement sans cause.

Par la suite, notre Cour a clairement indiqué que la fiducie par interprétation peut également être appliquée dans les cas où le conjoint a contribué non pas à l'acquisition du bien, mais plutôt à sa préservation, à son entretien ou à son amélioration. Dans l'arrêt *Sorochan c. Sorochan*, précité, le juge en chef Dickson a rédigé les motifs de notre Cour à l'unanimité. Dans cette affaire, les parties ne s'étaient jamais mariées, mais avaient cohabité sur une ferme en Alberta de 1940 à 1982. Fait important à signaler, avant que les parties ne commentent à habiter ensemble, le défendeur et son frère étaient propriétaires de la ferme. Les biens n'avaient donc pas été acquis pendant la période de

The plaintiff did all the domestic work associated with running the household and caring for the children. Both parties worked on the farm. It was conceded that the plaintiff did substantial and arduous work. For many years the defendant worked as a travelling sales representative and during those periods the plaintiff frequently assumed sole responsibility for the work on the farm.

It was held that the defendant had been unjustly enriched. That enrichment resulted from his receiving the benefit of the plaintiff's years of labour in the home and on the farm. This obviously resulted in valuable savings. It was pointed out that through the plaintiff's years of labour, the farm was maintained and preserved and did not deteriorate through neglect or disuse. It was found that the plaintiff's maintenance and preservation of the land coffered a significant benefit to the defendant.

Thus, it can be seen that the remedy provided by the constructive trust may, in appropriate cases, be applied to common law relationships where the plaintiff's contribution to the land was directed only to its maintenance and preservation. Those contributions which have been considered sufficient to justify the application of a constructive trust have been indirect financial contributions as in *Pettkus v. Becker*, *supra*, and work on the property which contributed to its maintenance as in *Sorochan*.

Should the Remedy of Constructive Trust be Applied to the Case at Bar?

1. *Enrichment*

It should not be forgotten that the trial judge specifically found that there had been an enrichment to the respondent "since he obtained the services of the Plaintiff as a housekeeper, homemaker and in fact stepmother without compensation." Indeed, it was conceded before us that the respon-

cohabitation. Pendant leur union, les parties ont eu six enfants. La demanderesse s'est occupée de tout le travail domestique relié au ménage et a pris soin des enfants. Les deux parties travaillaient à la ferme. On a admis que la demanderesse a travaillé fort. Pendant de nombreuses années, le défendeur a été commis voyageur, et, en son absence, la demanderesse avait fréquemment l'entière responsabilité de tous les travaux de la ferme.

Notre Cour a déterminé qu'il y avait eu enrichissement sans cause du défendeur et que cet enrichissement découlait du fait qu'il avait bénéficié pendant de nombreuses années du labeur de la demanderesse tant au foyer qu'à la ferme. Le défendeur avait de toute évidence réalisé d'importantes économies. On a fait remarquer que la demanderesse, par son labeur pendant toutes ces années, avait contribué à l'entretien et à la préservation de la ferme, qui n'a pas perdu de valeur pour avoir été négligée ou abandonnée. Notre Cour a conclu que l'entretien et la préservation de la ferme constituaient un avantage important conféré au défendeur.

On peut donc constater que la réparation offerte par la fiducie par interprétation peut, dans les cas appropriés, être appliquée à une union de fait si la contribution du demandeur à un bien-fonds se limite à son entretien et à sa préservation. Les contributions qui ont été jugées suffisantes pour justifier l'application d'une fiducie par interprétation ont été les contributions financières indirectes comme dans *Pettkus c. Becker*, précité, et le travail qui a contribué à l'entretien de la propriété, comme dans *Sorochan*, précité.

La fiducie par interprétation devrait-elle être appliquée en l'espèce?

1. *L'enrichissement*

Il ne faut pas oublier que le juge de première instance a spécifiquement conclu qu'il y avait eu enrichissement de l'intimé [TRADUCTION] «puisqu'il a obtenu sans rémunération les services d'une aide ménagère, d'une personne au foyer et en fait d'une belle-mère». On a admis devant notre Cour

dent was enriched by the work and contributions of the appellant.

2. A Corresponding Deprivation

It is again important to first consider the finding of the trial judge on this issue. He stated:

... the Plaintiff was deprived of any compensation for her labour since she devoted the majority of her time and energy and some of the monies she earned towards the benefit of the Respondent, his children and his property.

That finding would seem sufficient in itself to warrant the conclusion that the appellant suffered a deprivation which corresponds to the enrichment of the respondent.

Indeed, I would have thought that if there is enrichment, that it would almost invariably follow that there is a corresponding deprivation suffered by the person who provided the enrichment. There is ample support for the proposition that once enrichment has been found, the conclusion that the plaintiff has suffered a corresponding deprivation is virtually automatic. In *Sorochan, supra*, Dickson C.J. suggested that benefit and deprivation are essentially two sides of the same coin. He wrote at pp. 45-46:

Moreover, the case law indicates that the full-time devotion of one's labour and earnings without compensation can readily be viewed as a deprivation. In *Murray v. Roty* (1983), 41 O.R. (2d) 705 (Ont. C.A.), for example, a case involving a joint business and farm operation, Cory J.A., commented (at p. 710): "For eight years of her life she devoted all of her time and energy and almost all of her wages for the benefit of Roty. The deprivation is obvious".

In *Everson v. Rich* (1988), 16 R.F.L. (3d) 337, the Saskatchewan Court of Appeal, applying *Sorochan*, stated at p. 342:

The spousal services provided by the appellant were valuable services and did constitute a benefit conferred upon the respondent. The provision of those services was a detriment to the claimant by virtue of the use of her time and energy.

que l'intimé s'était enrichi du fait du travail et des contributions de l'appelante.

2. Un appauvrissement correspondant

Il importe de signaler tout d'abord la conclusion du juge de première instance sur ce point:

[TRADUCTION] ... la demanderesse a été privée de toute indemnisation pour son travail puisqu'elle a consacré la majeure partie de son temps et de son énergie, ainsi qu'une partie de l'argent qu'elle a gagné, au bénéfice de l'intimé, de ses enfants et de ses biens.

Cette constatation semble suffisante en soi pour justifier la conclusion que l'appelante a subi un appauvrissement correspondant à l'enrichissement de l'intimé.

En fait, j'aurais cru qu'un enrichissement donnerait presque invariablement lieu à un appauvrissement correspondant de la personne qui a contribué à l'enrichissement. La proposition que l'enrichissement d'un conjoint entraînera presque automatiquement un appauvrissement correspondant de l'autre a de nombreux appuis. Dans l'arrêt *Sorochan*, précité, le juge en chef Dickson a affirmé que l'enrichissement et l'appauvrissement sont essentiellement comme les deux côtés d'une pièce de monnaie (à la p. 45):

Au surplus, il ressort de la jurisprudence qu'il n'y a aucune difficulté à considérer comme un appauvrissement la contribution à plein temps et sans compensation de son travail et de ses revenus. Par exemple, dans l'arrêt *Murray v. Roty* (1983), 41 O.R. (2d) 705 (C.A. Ont.), portant sur une exploitation commerciale et agricole conjointe, le juge Cory a souligné (à la p. 710): [TRADUCTION] «Pendant huit années de sa vie elle a consacré tout son temps et toute son énergie et la quasi-totalité de son salaire au bénéfice de Roty. L'appauvrissement est évident.»

Appliquant l'arrêt *Sorochan*, la Cour d'appel de la Saskatchewan affirme dans l'arrêt *Everson c. Rich* (1988), 16 R.F.L. (3d) 337, à la p. 342:

[TRADUCTION] Les services fournis par l'appelante à son conjoint étaient des services ayant une valeur pécuniaire et constituent un avantage conféré à l'intimé. La prestation de ces services a causé un préjudice à la demanderesse parce qu'elle y a consacré son temps et son énergie.

I agree with this reasoning. As a general rule, if it is found that the defendant has been enriched by the efforts of the plaintiff there will, almost as a matter of course be deprivation suffered by the plaintiff. As Professor James McLeod pointed out ((1988), 16 R.F.L. (3d) 338) in his annotation of *Everson v. Rich, supra*, "the deprivation requirement is satisfied by showing the plaintiff expended effort or does not have what he/she had or might have had". Particularly in a matrimonial or long-term common law relationship it should, in the absence of cogent evidence to the contrary, be taken that the enrichment of one party will result in a deprivation of the other.

Business relationships concerned with commercial affairs may, as a result of the conduct of one of the corporations involved, result in a court's granting a constructive trust remedy. The constructive trust has been appropriately used to redress a gain made through a breach of trust in a commercial or business relationship (See for example: *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592). Yet how much closer and trusting must be a long-term common law relationship. In marriages or marriage-like relationships commercial matters and a great deal more will be involved. Clearly, parties to a family relationship will, in a commercial sense, share funds and financial goals. More importantly, couples such as the parties to this case will strive to make a home. By that I mean a place that provides safety, security and love and which is as well frequently the place where children may be cared for and nurtured. In a relationship that involves living and sleeping together, couples will share their worst fears and frustrations and their fondest dreams and aspirations. They will plan and work together to achieve their goals. Just as much as parties to a formal marriage, the partners in a long-term common law relationship will base their actions on mutual love and trust. They too are enti-

Je suis d'accord avec ce raisonnement. En règle générale, si l'on constate que le défendeur s'est enrichi du fait des efforts de la demanderesse, cette dernière subira presque certainement un appauvrissement. Comme le professeur James McLeod l'indique ((1988), 16 R.F.L. (3d) 338) dans son commentaire concernant l'arrêt *Everson c. Rich*, précité, [TRADUCTION] «on a satisfait à l'exigence d'un appauvrissement s'il est établi que la partie demanderesse a déployé des efforts ou ne possède pas ce qu'elle avait ou aurait pu avoir». Plus particulièrement, dans un mariage ou dans une union de fait de longue durée, on devrait, en l'absence d'une preuve contraire forte, conclure que l'enrichissement d'une partie donnera lieu à l'appauvrissement de l'autre.

Dans le cadre de relations d'affaires de nature commerciale, un tribunal peut, par suite de la conduite de l'une des sociétés concernées, accorder comme réparation la fiducie par interprétation. Celle-ci a été utilisée à bon escient pour compenser un gain découlant d'un abus de confiance dans une relation commerciale ou d'affaires (voir, par exemple, *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592). Une union de fait de longue durée arrive certainement à créer des liens de confiance beaucoup plus étroits. Dans le mariage ou une relation assimilée au mariage, les questions commerciales constitueront un élément parmi tant d'autres dont s'occuperont les parties. De toute évidence, les parties à une relation familiale partageront, dans un sens commercial, des fonds et des objectifs financiers. Fait encore plus important, les couples comme les parties en l'espèce s'efforceront de se constituer un foyer. Je veux dire un endroit où régneront la sécurité et l'amour et l'endroit où, souvent, des enfants pourront recevoir les soins nécessaires. Dans une relation de couple, les conjoints non seulement vivront et dormiront ensemble, mais partageront aussi leurs pires craintes et frustrations ainsi que leurs aspirations et leurs rêves les plus profonds. Ensemble, ils feront des projets et travailleront à atteindre leurs buts. À l'instar des parties à un mariage officiel, les parties à une union de fait de longue durée agiront dans un climat d'amour et de confiance mutuels. Elles

tled, in appropriate circumstances, to the relief provided by the remedy of constructive trust.

This remedy should be granted despite the fact that family will seldom keep the same careful financial records as business associates. Nonetheless, fairness requires that the constructive trust remedy be available to them and applied on an equitable basis without a minute scrutiny of their respective financial contributions. Indeed, in a situation such as the one presented in this case, it may be very difficult to assess the value of making a house a home and of sharing the struggle to raise children to become responsible adults.

In the present case, although there was no formal marriage, the couple lived and worked together in the most intimate of relationships. They shared work and the monies which they earned. The amount of the contributions may have been varied and unequal. Yet the very fact that in addition to her household work the appellant contributed something of the income from her outside employment indicates that there was a real sharing of income. As a result of the relationship, the Sicamous property was looked after and maintained. None of this could have been achieved without the efforts of the appellant.

Certainly, it cannot be said that the relationship was so short lived that it should not give rise to mutual rights and obligations. Twelve years is not an insignificant period of time to live in a relationship based on mutual trust and confidence. In those circumstances, there is a strong presumption that the services provided by one party will not be used solely to enrich the other. Both the reasonable expectations of the parties and equity will require that upon the termination of the relationship, the parties will receive an appropriate compensation based on the contribution each has made to the relationship.

The respondent asserts that because the appellant loved him she could not have expected to receive compensation or an interest in the property in return for the contributions she made to the home and family. However, in today's society it is unreasonable to assume that the presence of love

aussi ont droit, dans les circonstances appropriées, à la réparation qu'est la fiducie par interprétation.

Ce redressement devrait être accordé même si les familles tiendraient rarement les mêmes registres financiers que des associés en affaires. Néanmoins, elles doivent en toute équité pouvoir bénéficier de la fiducie par interprétation, sans examen approfondi de leur contribution financière respective. En fait, dans une situation comme en l'espèce, il pourrait bien être fort difficile d'attribuer une valeur à l'établissement d'un foyer et au partage de l'éducation des enfants pour en faire des adultes responsables.

En l'espèce, bien qu'il ne se soit pas marié officiellement, le couple a vécu et travaillé dans l'union la plus intime. Les parties ont partagé le travail ainsi que les revenus. Les contributions n'ont peut-être pas été égales. Pourtant, le fait même que l'appelante, en plus de s'acquitter des tâches domestiques, apportait une partie de son revenu gagné à l'extérieur comme contribution aux dépenses du ménage indique clairement qu'il y eu un véritable partage du revenu. En raison même de l'union, la propriété de Sicamous a été entretenue et préservée, ce qui n'aurait pas été possible sans les efforts de l'appelante.

On ne pourrait certainement pas affirmer que l'union a été trop éphémère pour créer des droits et obligations mutuels. Une relation fondée sur la confiance mutuelle d'une durée de 12 ans revêt certainement de l'importance. Dans ces circonstances, il existe une forte présomption que les services fournis par une partie ne serviront pas seulement à l'enrichissement de l'autre. Tant les attentes raisonnables des parties que l'*equity* exigent qu'elles reçoivent, au moment de la rupture de la relation, une indemnisation appropriée, en fonction de leur contribution respective.

Selon l'intimé, puisque l'appelante l'aimait, elle n'a pas pu s'attendre à recevoir une rémunération ou un intérêt sur le bien-fonds en échange de sa contribution au foyer et à la famille. Toutefois, dans la société d'aujourd'hui, on ne peut raisonnablement supposer que l'amour implique nécessai-

automatically implies a gift of one party's services to another. Nor is it unreasonable for the party providing the domestic labour required to create a home to expect to share in the property of the parties when the relationship is terminated. Women no longer are expected to work exclusively in the home. It must be recognized that when they do so, women forgo outside employment to provide domestic services and child care. The granting of relief in the form of a personal judgment or a property interest to the provider of domestic services should adequately reflect the fact that the income earning capacity and the ability to acquire assets by one party has been enhanced by the unpaid domestic services of the other. Marcia Neave in "Three Approaches to Family Property Disputes—Intention/Belief, Unjust Enrichment and Unconscionability", in T. G. Youdan, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts* (1989), lucidly sets out the position in this way at p. 254:

The characterization of domestic services as gifts reflects a view of family relationships which is now outdated and has a differential impact on women, since they are the main providers of such services. Women no longer work exclusively in the home. Those who do so sacrifice income that could otherwise be earned in paid work. Couples who decide that one partner, usually the woman, will forgo paid employment to provide domestic services and provide child care, presumably believe that this arrangement will maximize their economic resources. Grant of relief, whether personal or proprietary, to the provider of domestic services would recognize that the income-earning capacity of one partner and his ability to acquire assets have been enhanced by the unpaid services of the other and that those services were only provided free because it was believed that the relationship would continue.

This same reasoning has been recently applied in the context of divorce in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813. It is appropriate to recognize that the same principle should be applied to long-term common law relationships.

In the present case it cannot be said, as the respondent suggests, that the contributions of the

rement qu'une partie fera don de ses services à l'autre. Il est également raisonnable de soutenir que la partie qui s'acquitte des travaux domestiques nécessaires à l'établissement d'un foyer s'attend à partager les biens des parties au moment de la rupture de la relation. On ne s'attend plus que les femmes travaillent exclusivement au foyer. Il faut reconnaître que lorsqu'elles le font, les femmes renoncent à un emploi extérieur pour fournir des services domestiques et s'occuper des enfants. Accorder au pourvoyeur des services domestiques un redressement, sous forme d'indemnité ou d'intérêt de propriété, devrait permettre de reconnaître que la capacité d'une partie de gagner sa vie et d'acquérir des biens s'est trouvée améliorée en raison des services domestiques non rémunérés fournis par l'autre. Marcia Neave dans «Three Approaches to Family Property Disputes—Intention/Belief, Unjust Enrichment and Unconscionability», dans T. G. Youdan, dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts* (1989), énonce clairement la situation, à la p. 254:

[TRADUCTION] Qualifier les services domestiques de dons traduit une conception des relations familiales, qui est maintenant désuète et entraîne une incidence différente sur les femmes, puisque ce sont elles qui fournissent principalement ces services. Les femmes ne travaillent plus exclusivement au foyer. Lorsqu'elles le font, elles sacrifient le revenu qu'elles pourraient tirer d'un travail rémunéré. Les couples qui décident que l'une des deux parties, habituellement la femme, abandonnera son emploi rémunéré pour fournir les services domestiques et s'occuper des enfants, croient vraisemblablement que cette entente maximisera leurs ressources financières. L'octroi d'un redressement, sous forme d'indemnité ou d'intérêt propriétaire, au pourvoyeur de ces services reconnaîtrait que la capacité d'une partie de gagner sa vie et d'acquérir des biens s'est trouvée accrue par suite des services non rémunérés fournis par l'autre et que ces services lui ont été fournis gratuitement en croyant que la relation se poursuivrait.

Le même raisonnement a récemment été appliqué dans le contexte d'un divorce dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813. Il convient de reconnaître que le même principe devrait s'appliquer aux unions de fait de longue durée.

En l'espèce, contrairement à ce que soutient l'intimé, on ne peut affirmer que les contributions

appellant were minor or that they were compensated by the provision of free accommodation. It is true that the appellant did not devote all of her energy to the home or family business as did Mary Sorochan or Charlotte Murray. However, the mere fact that the appellant was able to engage in part-time employment does not detract from the fact that she provided extensive and valuable services to the respondent for which she was not compensated.

It cannot be forgotten that the trial judge recognized that the appellant worked to create a "home" for the respondent. The nature and extent of her efforts were clear from the evidence, but one rather touching indication of her dedication is that she helped the children to make Christmas gifts. The value of the commitment of a homemaker such as the appellant should not be underestimated. The partner who provides domestic services often works far in excess of 40 hours per week in order to provide a "home". Women who work in the home may have given up a career or a type of work which would enable them to improve their earning capacity. These are matters which should be taken into account when considering both the benefits conferred and the deprivation suffered by a claimant who has been a partner in a long-term common law relationship.

The balancing of benefits conferred and received in a matrimonial or common law relationship cannot be accomplished with precision. Although it may well be essential in a commercial relationship to closely scrutinize the contributions made by each of the business partners to the acquisition of property, such an approach would be unrealistic and unfair in the context of a family relationship. Ordinarily, the trial judge will be in the best position to assess all the evidence presented and to estimate the contribution made by each of the parties. The nature of the relationship, its duration and the contributions of the parties must be considered. Equity and fairness should form the basis for the assessment. There was ample evidence presented in this case to justify the finding of the trial judge that there had been a deprivation suffered by the appellant.

de l'appelante ont été mineures ou qu'elles ont été compensées par l'hébergement gratuit. Certes, l'appelante n'a pas consacré toute son énergie au foyer ou à la famille comme l'ont fait Mary Sorochan et Charlotte Murray. Toutefois, le simple fait que l'appelante a pu travailler à temps partiel n'empêche pas qu'elle a fourni des services considérables à l'intimé, pour lesquels elle n'a reçu aucune rémunération.

On ne peut oublier que le juge de première instance a reconnu que l'appelante a travaillé à créer un «foyer» pour l'intimé. La preuve indique clairement la nature et l'étendue de ses efforts; une indication plutôt touchante de son dévouement est qu'elle a aidé les enfants à faire des cadeaux de Noël. On ne devrait pas sous-estimer la valeur du dévouement d'une personne au foyer comme l'appelante. La partie qui fournit les services domestiques travaille souvent beaucoup plus de 40 heures par semaine à l'établissement d'un «foyer». La femme qui travaille au foyer a peut-être abandonné une carrière ou un travail qui lui permettrait d'améliorer sa capacité de gagner sa vie. Ce sont là des questions dont on devrait tenir compte dans l'examen des avantages conférés et de l'appauvrissement subi par une personne qui a été partie à une union de fait de longue durée.

On ne peut soupeser exactement les avantages conférés et reçus dans un mariage ou une union de fait. Bien qu'il puisse être essentiel dans une relation commerciale d'examiner soigneusement les contributions faites par chacun des partenaires à l'acquisition des biens, il ne serait pas réaliste ni juste de procéder ainsi dans un contexte de relation familiale. En règle générale, c'est le juge de première instance qui est le mieux placé pour apprécier l'ensemble de la preuve présentée et évaluer la contribution de chacune des parties. Il faut tenir compte de la nature de la relation, de sa durée et des contributions des parties. L'équité devraient constituer le fondement de l'appréciation. En l'espèce, la preuve présentée était amplement suffisante pour justifier la conclusion du juge de première instance relativement à l'appauvrissement de l'appelante.

Absence of Juristic Reason for the Enrichment

In *Pettikus v. Becker*, *supra*, Dickson J. had this to say at p. 849 with regard to juristic reasons for the enrichment:

... I hold that where one person in a relationship tantamount to spousal prejudices herself in the reasonable expectation of receiving an interest in property and the other person in the relationship freely accepts benefits conferred by the first person in circumstances where he knows or ought to have known of that reasonable expectation, it would be unjust to allow the recipient of the benefit to retain it.

The test put forward is an objective one. The parties entering a marriage or a common law relationship will rarely have considered the question of compensation for benefits. If asked, they might say that because they loved their partner, each worked to achieve the common goal of creating a home and establishing a good life for themselves. It is just and reasonable that the situation be viewed objectively and that an inference be made that, in the absence of evidence establishing a contrary intention, the parties expected to share in the assets created in a matrimonial or quasi-matrimonial relationship, should it end.

Kshywieski v. Kunka (1986), 50 R.F.L. (2d) 421, is a decision of the Manitoba Court of Appeal. It determined that, in the absence of evidence of a promise of marriage, a promise of compensation or an expectation on the part of the plaintiff that she would be remunerated for her services, it was not unjust for the defendant or his estate to retain the benefit of the spousal service conferred upon him by the plaintiff. Professor McLeod in his annotation ((1986), 50 R.F.L. (2d) 421) summarized the conclusion in this case in these words at p. 422:

Without some prejudicial conduct such as request, inducement, acquiescence or the holding out of future benefit, no restitutionary relief could be awarded.

In the case at bar the British Columbia Court of Appeal relied on the *Kshywieski* decision. It con-

L'absence de motif juridique à l'enrichissement

Dans l'arrêt *Pettikus c. Becker*, précité, le juge Dickson a tenu les propos qui suivent relativement aux motifs juridiques de l'enrichissement (à la p. 849):

... je suis d'avis que lorsqu'une personne, liée à une autre dans une relation qui équivaut à une union conjugale, se cause un préjudice dans l'expectative raisonnable de recevoir un droit de propriété et que l'autre personne accepte librement les avantages que lui procure la première, alors qu'elle connaît ou devrait connaître cette expectative raisonnable, il serait injuste de permettre au bénéficiaire de conserver cet avantage.

Le critère proposé est objectif. Les parties qui se marient ou vivent dans une union de fait auront rarement examiné la question de l'indemnisation des avantages reçus. Si on leur pose une question à ce sujet, elles répondraient probablement qu'elles ont, par amour pour l'autre, travaillé ensemble à atteindre l'objectif commun de créer un foyer et de se faire une vie confortable. Il est juste et raisonnable d'examiner la situation d'une façon objective et de déduire que, jusqu'à preuve contraire, les parties s'attendent d'obtenir, à la rupture d'une relation matrimoniale ou quasi matrimoniale, une part des biens accumulés pendant la durée de la relation.

L'arrêt *Kshywieski c. Kunka* (1986), 50 R.F.L. (2d) 421, a été rendu par la Cour d'appel du Manitoba. Celle-ci a conclu qu'en l'absence d'une preuve de promesse de mariage, d'une promesse de rémunération ou d'une preuve d'attente de rémunération de la part de la demanderesse, il n'était pas injuste pour le défendeur ou sa succession de conserver les avantages qui lui ont été conférés par la demanderesse. Voici comment le professeur McLeod résume dans son commentaire ((1986), 50 R.F.L. (2d) 421) la conclusion rendue dans cet arrêt (à la p. 422):

[TRADUCTION] En l'absence d'une conduite préjudiciable comme une demande, une incitation, un acquiescement ou l'offre d'un avantage futur, il ne saurait exister de restitution.

En l'espèce, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est fondée sur l'arrêt *Kshywieski*. À

cluded that because the respondent's promises to marry the appellant were made when he was drunk, she could not have taken them seriously. As a result, it was found that there was no prejudice occasioned by the appellant. In my view, the Court of Appeal was in error in this conclusion.

It is not necessary that there be evidence of promises to marry or to compensate the claimant for the services provided. Rather, where a person provides "spousal services" to another, those services should be taken as having been given with the expectation of compensation unless there is evidence to the contrary. This was the approach properly taken by the Saskatchewan Court of Appeal in *Everson v. Rich*, *supra*.

In the case at bar, the trial judge appropriately drew the inference that, in light of the duration of the relationship and the appellant's contribution to the home and property, she would reasonably have had an expectation of sharing the wealth she helped to create. He concluded that:

... there was no juristic reason for the enrichment. She was under no obligation to perform the work and assist in the home without some reasonable expectation of receiving something in return other than the drunken physical abuse which she received at the hands of the Respondent.

When a claimant is under no obligation contractual, statutory or otherwise to provide the work and services to the recipient, there will be an absence of juristic reasons for the enrichment. See *Murray v. Roty* (1983), 41 O.R. (2d) 705; *Pettkus v. Becker*, *supra*; *Sorochan v. Sorochan*, *supra*.

In summary then, there was unjust enrichment of the respondent by the work of the appellant. The appellant suffered a corresponding deprivation. There was no juristic reason for the enrichment, that is to say there was no obligation of any kind upon the appellant to provide the services to the respondent. It follows that the trial judge was correct in his finding that there had been an unjust enrichment, a corresponding deprivation and no juristic reason for providing the enriching services. It remains to be considered what remedy should

son avis, parce que l'intimé était en état d'ébriété quand il lui a fait des promesses de mariage, l'appelante ne saurait les avoir prises au sérieux. En conséquence, elle a conclu que l'appelante n'avait pas subi de préjudice. À mon avis, la Cour d'appel a commis une erreur en arrivant à cette conclusion.

Il n'est pas nécessaire d'établir qu'il y a eu promesse de mariage ou de rémunération relativement aux services fournis. Dans le cas où une personne fournit à l'autre les «services d'un conjoint», on doit plutôt considérer que ces services ont été fournis dans l'attente d'une rémunération, sauf preuve contraire. C'est la démarche que la Cour d'appel de la Saskatchewan a adoptée dans l'arrêt *Everson c. Rich*, précité.

En l'espèce, le juge de première instance a eu raison de déduire que l'appelante, compte tenu de la durée de la relation et de sa contribution au foyer et aux biens, avait une attente raisonnable de profiter de la richesse qu'elle avait aidé à créer. Il a conclu:

[TRADUCTION] ... il n'y avait pas de motif juridique à l'enrichissement. Elle n'avait aucune obligation d'exécuter le travail et d'aider au foyer sans avoir une attente raisonnable de recevoir en retour quelque chose autre que les agressions dont elle était victime quand l'intimé était en état d'ébriété.

Si une personne n'a aucune obligation contractuelle, légale ou autre d'exécuter un travail et de fournir des services à une autre, il y aura absence de motif juridique à l'enrichissement. Voir les arrêts *Murray c. Roty* (1983), 41 O.R. (2d) 705; *Pettkus c. Becker* et *Sorochan c. Sorochan*, précités.

Bref, il y a eu enrichissement sans cause de l'intimé en raison du travail accompli par l'appelante, et celle-ci a subi un appauvrissement correspondant. Il n'y a pas de motif juridique à l'enrichissement, c'est-à-dire que l'appelante n'avait aucune obligation de fournir des services à l'intimé. Il s'ensuit que le juge de première instance a eu raison de conclure qu'il y avait eu enrichissement sans cause, appauvrissement correspondant et absence de tout motif juridique à l'enrichissement. Il reste à examiner la réparation qui aurait dû être

have been provided in the circumstances. Would a monetary judgment have been appropriate or should the remedy of constructive trust have been granted?

The Appropriate Remedy

In *Sorochan v. Sorochan*, it was noted that although the constructive trust provides an important judicial means of remedying unjust enrichment, there are other remedies available, such as monetary damages. The first question to be resolved is which remedy is appropriate in the circumstances of this case? In *Sorochan* it was said that: the court must consider whether there is a causal connection between the deprivation suffered by the plaintiff and the property in question, because in order to justify the imposition of a constructive trust a court must be satisfied that there is a "clear proprietary relationship" between the services rendered and the disputed assets. The same case confirmed that a flexible approach should be taken in applying the constructive trust remedy and specifically approved of the position adopted by other courts in *Murray v. Roty*, *supra*; *Hussey v. Palmer*, [1972] 1 W.L.R. 1286; *Lawrence v. Lindsey* (1982), 28 R.F.L. (2d) 356. At p. 50, Dickson C.J. wrote:

In my view, the constructive trust remedy should not be confined to cases involving property acquisition. While it is important to require that some nexus exist between the claimant's deprivation and the property in question, the link need not always take the form of a contribution to the actual acquisition of the property. A contribution relating to the preservation, maintenance or improvement of property may also suffice.

In addition to the causal connection requirement Dickson C.J. stated that the claimant must have reasonably expected to receive an interest in the property and that the respondent ought to have been aware of that expectation. He also observed that in considering whether a constructive trust is the appropriate remedy the duration of the relationship should be taken into account.

The difficulty of establishing a causal connection between unjust enrichment arising from the

accordée dans les circonstances. Aurait-il été approprié d'accorder une réparation pécuniaire ou aurait-il fallu avoir recours à la fiducie par interprétation?

La réparation appropriée

Dans l'arrêt *Sorochan c. Sorochan*, notre Cour a précisé que la fiducie par interprétation est un moyen important pour un tribunal de remédier à l'enrichissement sans cause, mais qu'il existe également d'autres réparations, comme une indemnité pécuniaire. Il faut tout d'abord déterminer la réparation appropriée dans les circonstances de l'espèce. Dans l'arrêt *Sorochan*, notre Cour a affirmé que le tribunal doit examiner s'il existe un lien de causalité entre l'appauvrissement du requérant et les biens en cause, parce qu'il doit, pour justifier l'application d'une fiducie par interprétation, être convaincu que les services rendus «se rapportent clairement» aux biens en cause. Cet arrêt confirme que l'on devrait faire preuve de souplesse dans l'application d'une fiducie par interprétation et approuve expressément la position adoptée par d'autres tribunaux dans les arrêts *Murray c. Roty*, précité; *Hussey c. Palmer*, [1972] 1 W.L.R. 1286; *Lawrence c. Lindsey* (1982), 28 R.F.L. (2d) 356. Le juge Dickson affirme à la p. 50:

Selon moi, le redressement qu'est la fiducie par interprétation ne doit pas être accordé uniquement dans les affaires où il y a eu acquisition de biens. Certes, il importe d'exiger un certain lien entre l'appauvrissement du requérant et les biens en cause, mais il n'est pas nécessaire que ce lien revête toujours la forme d'une contribution à l'acquisition comme telle des biens. Une contribution reliée à la préservation, à l'entretien ou à l'amélioration des biens peut également suffire.

Outre l'exigence d'un lien de causalité, le juge en chef Dickson a précisé que le requérant devait raisonnablement s'attendre à recevoir un intérêt sur les biens et que l'intimé devait être au courant de cette attente. Il a aussi précisé qu'il faut tenir compte de la durée de la relation lorsque l'on examine si la fiducie par interprétation est la réparation appropriée.

La difficulté d'établir un lien de causalité entre l'enrichissement sans cause découlant de la presta-

provision of domestic services and the property has been the subject of scholarly debate (See for example: Ralph E. Scane "Relationships 'Tantamount to Spousal', Unjust Enrichment, and Constructive Trusts" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 260; Keith B. Farquhar, "Causal Connection in Constructive Trusts" (1986-88), 8 *Est. & Tr. Q.* 161; Berend Hovius and Timothy G. Youdan, *The Law of Family Property* (1991); Ian Narev, "Unjust Enrichment, and De Facto Relationships" (1991), 6 *Auck. U.L. Rev.* 504). As Professor Ralph Scane (*supra*, at p. 289) put it the difficulty with looking for a causal connection in such cases is "that unjust enrichment created by receipt of the benefit of [domestic] services . . . seeps throughout all of the assets of the defendant". Thus, the contributions which indirectly created accumulated family wealth for the parties cannot be traced to any one property. However, I do not think that the required link between the deprivation suffered and the property in question is as difficult to establish as it may seem.

This Court has specifically recognized that indirect financial contributions to the maintenance of property will be sufficient to establish the requisite property connection for the imposition of a constructive trust. In *Pettkus v. Becker*, *supra*, the fact that Ms. Becker paid the rent, purchased the food and clothing and looked after other living expenses, enabled Mr. Pettkus to save his entire income, a goodly amount of money which he later used to purchase property. Even though Ms. Becker's financial contributions did not directly finance the purchase of the property, it was held that her indirect financial contribution was sufficient to entitle her to a proprietary interest in the property purchased by Mr. Pettkus upon the dissolution of the relationship.

It seems to me that in a family relationship the work, services and contributions provided by one of the parties need not be clearly and directly linked to a specific property. As long as there was no compensation paid for the work and services provided by one party to the family relationship then it can be inferred that their provision permit-

tion de services domestiques et les biens en question a fait l'objet d'un débat de la part des spécialistes (voir par exemple: Ralph E. Scane, «Relationships «Tantamount to Spousal», Unjust Enrichment, and Constructive Trusts» (1991), 70 *R. du B. can.* 260; Keith B. Farquhar, «Causal Connection in Constructive Trusts (1986-88), 8 *Est & Tr. Q.* 161; Berend Hovius et Timothy G. Youdan, *The Law of Family Property* (1991); Ian Narev, «Unjust Enrichment, and De Facto Relationships» (1991), 6 *Auck. U.L. Rev.* 504). Comme le dit le professeur Ralph Scane (*loc. cit.*, à la p. 289), il est difficile d'établir un lien de causalité dans ces cas [TRADUCTION] «parce que l'enrichissement sans cause découlant de la prestation de services [domestiques][. . .] se répercute sur tous les biens du défendeur». En conséquence, l'apport qui a indirectement contribué à la valorisation des biens de la famille ne peut être associé à aucun bien en particulier. Cependant, je ne crois pas que le lien requis entre l'appauvrissement et les biens en question soit aussi difficile à établir qu'il le semble.

Notre Cour a expressément reconnu que les contributions financières indirectes reliées à l'entretien des biens suffisent à établir le lien avec le bien requis pour l'application d'une fiducie par interprétation. Dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, précité, M^{me} Becker avait payé le loyer, acheté de la nourriture et des vêtements et assumé d'autres dépenses courantes, permettant ainsi à M. Pettkus d'économiser la totalité de son revenu; il avait ensuite utilisé cette importante somme d'argent pour acheter un bien-fonds. Bien que la contribution financière de M^{me} Becker n'ait pas directement servi à financer l'achat du bien-fonds, notre Cour a conclu que sa contribution financière indirecte suffisait à lui conférer, lors de la rupture de l'union, un intérêt propriétaire sur le bien acheté par M. Pettkus.

À mon avis, dans une relation de famille, il n'est pas nécessaire que le travail, les services et les contributions fournis par une partie soient clairement et directement reliés à un bien précis. Dans la mesure où la partie qui a fourni le travail et les services n'a pas reçu de rémunération, on peut déduire qu'elle a permis à l'autre partie d'acquérir

ted the other party to acquire lands or to improve them. In this case the work of the appellant permitted the respondent to pay off the mortgage and, as well, to purchase a houseboat and a cabin cruiser. In the circumstances, the trial judge was justified in applying the constructive trust to the property which he felt would best redress the unjust enrichment and would treat both parties in a just and equitable manner.

Goff and Jones support the imposition of a constructive trust in family situations where the plaintiff's contributions cannot be traced to a particular property (*The Law of Restitution* (3rd ed. 1986)). They rely on the case of *Chase Manhattan Bank N.A. v. Israel-British Bank (London) Ltd.*, [1981] Ch. 105, where the plaintiff paid under a mistake of fact over \$2 million to the defendants, who discovered the mistake within two days, did nothing to correct it and went into liquidation some four weeks later. Goulding J. held that the defendant was a constructive trustee of the money paid under mistake. But he left open the question whether equity's traditional tracing rules should be applied in order to identify the plaintiff's payment. Goff and Jones maintain that if the tracing rules were applied then it is extremely unlikely that the plaintiff's claim would succeed. Yet, as they point out, it would seem unjust to allow the defendant's general creditors to benefit from the mistaken payment when the defendant knew of the mistake and did nothing to correct it. Therefore, the authors argue on p. 80 of their book that:

To protect a plaintiff the court will have to impose a trust on, or a lien over, the defendant's unencumbered assets for the plaintiff's benefit even if those assets cannot be "identified" through the application of traditional equitable tracing rules. If a court reaches this conclusion it will do so because it recognises that a trust or lien should be imposed simply because the defendant's assets were swollen by the mistaken payment.

un bien-fonds ou de l'améliorer. En l'espèce, le travail de l'appelante a permis à l'intimé d'éteindre son hypothèque et d'acheter une caravane flottante et un bateau de croisière. Dans les circonstances, le juge de première instance a eu raison d'appliquer la fiducie par interprétation au bien qui, selon lui, constituait la meilleure réparation pour l'enrichissement sans cause et permettait de traiter les deux parties de façon juste et équitable.

Goff et Jones appuient l'imposition de la fiducie par interprétation aux situations de famille dans les cas où l'on ne peut associer à un bien précis l'apport du demandeur (*The Law of Restitution* (3^e éd. (1986)). Les auteurs se fondent sur l'arrêt *Chase Manhattan Bank N.A. c. Israel-British Bank (London) Ltd.*, [1981] Ch. 105; dans cette affaire, la demanderesse avait par erreur versé plus de deux millions de dollars à la défenderesse; celle-ci s'est rendu compte de l'erreur deux jours plus tard, mais n'a rien fait pour y remédier et a été mise en liquidation quatre semaines plus tard. Le juge Goulding a conclu que la défenderesse se trouvait fiduciaire par interprétation de l'argent qu'elle avait reçu par erreur. Toutefois, il ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si les règles traditionnelles d'*equity* quant à l'origine des biens devraient être appliquées au paiement de la demanderesse. Selon Goff et Jones, si ces règles sont applicables, il est fort peu probable que la partie demanderesse puisse avoir gain de cause. Toutefois, comme ils l'indiquent, il semblerait injuste de permettre aux créanciers ordinaires de la défenderesse de bénéficier du paiement effectué par erreur alors qu'elle était au courant de l'erreur et n'a rien fait pour y remédier. En conséquence, les auteurs soutiennent, à la p. 80:

[TRADUCTION] Pour protéger un demandeur, le tribunal devra grever des biens libres de charge du défendeur d'une fiducie ou d'un privilège au profit du demandeur même si l'origine de ces biens ne peut être «retracée» par l'application des règles traditionnelles d'*equity* en la matière. Si un tribunal arrive à cette conclusion, il le fera parce qu'il estime nécessaire d'imposer une fiducie ou un privilège simplement parce que les biens du défendeur se sont trouvés valorisés par suite du paiement erroné.

In *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, it was determined that the constructive trust is not reserved to situations where a right of property is recognized. As a remedy, the constructive trust may be used to create a right of property and this obviates the need to find a pre-existing property right by means of equitable tracing rules. However, La Forest J. indicated that a restitutionary proprietary remedy should not automatically be granted. He found that, since proprietary rights give the plaintiff priority over the legitimate claims of third party creditors, further guidance was needed for determining those situations in which it would be appropriate to award a proprietary remedy. Thus, La Forest J. concluded that the constructive trust should only be awarded when the personal monetary award is insufficient; that is, when there is reason to grant to the plaintiff the additional rights that flow from recognition of a right of property.

I agree with my colleague that there is a need to limit the use of the constructive trust remedy in a commercial context. Yet I do not think the same proposition should be rigorously applied in a family relationship. In a marital or quasi-marital relationship, the expectations the parties will have regarding their contributions and interest in the assets acquired are, I expect, very different from the expectation of the parties engaged in a commercial transaction. As I have said, it is unlikely that couples will ever turn their minds to the issue of their expectations about their legal entitlements at the outset of their marriage or common law relationship. If they were specifically asked about their expectations, I would think that most couples would probably state that they did not expect to be compensated for their contribution. Rather, they would say, if the relationship were ever to be dissolved, then they would expect that both parties would share in the assets or wealth that they had helped to create. Thus, rather than expecting to receive a fee for their services based on their mar-

Dans l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, notre Cour a conclu que la fiducie par interprétation n'est pas limitée aux situations dans lesquelles il y a reconnaissance d'un droit de propriété. Comme mesure de réparation, la fiducie par interprétation peut servir à créer un droit de propriété, ce qui écarte la nécessité de conclure à l'existence d'un droit de propriété préexistant par application des règles d'*equity* quant à l'origine de biens. Toutefois, le juge La Forest a dit qu'une demande de restitution sous forme de biens ne devrait pas être accordée automatiquement. À son avis, puisque les droits propriétaires confèrent au demandeur un rang prioritaire par rapport aux réclamations légitimes des créanciers en tierce partie, il faut expliciter davantage les situations où il serait juste d'imposer une réparation fondée sur les biens. En conséquence, le juge La Forest a conclu que la fiducie par interprétation devrait être imposée seulement dans les cas où la réparation d'ordre pécuniaire ne serait pas suffisante, c'est-à-dire dans les cas où il existe des motifs d'accorder au demandeur les droits additionnels découlant de la reconnaissance d'un droit de propriété.

Comme ma collègue, j'estime qu'il y a lieu de restreindre le recours à la fiducie par interprétation dans un contexte commercial. Toutefois, je ne crois pas qu'il devrait en être de même dans le cas d'une relation de famille. Dans une relation matrimoniale ou quasi matrimoniale, je crois que les attentes des parties quant à leurs contributions et à leur intérêt sur les biens acquis sont fort différentes de celles des parties dans une opération commerciale. Comme je l'ai dit, il est peu probable que les couples examinent, au commencement de leur mariage ou de leur union de fait, la question des attentes concernant leurs droits juridiques. À mon avis, si on le leur demandait expressément, la plupart des couples répondraient probablement qu'ils ne s'attendent pas à être indemnisés de leur contribution. Ils diraient plutôt qu'ils s'attendraient, si jamais il y avait rupture, à un partage des biens ou de la richesse qu'ils ont contribué à créer. Ainsi, plutôt que s'attendre à être rémunérés pour leurs services, selon leur valeur marchande, les couples s'attendraient plutôt à avoir droit, en cas de disso-

ket value, they would expect to receive, on a dissolution of their relationship, a fair share of the property or wealth which their contributions had helped the parties to acquire, improve, or to maintain. The remedy provided by the constructive trust seems to best accord with the reasonable expectations of the parties in a marriage or quasi-marital relationship. Nevertheless, in situations where the rights of *bona fide* third parties would be affected as a result of granting the constructive trust remedy it may well be inappropriate to do so. (See Berend Hovius and Timothy G. Youdan, *The Law of Family Property*, *supra*, at p. 146.)

It follows that in a quasi-marital relationship in those situations where the rights of third parties are not involved, the choice between a monetary award and a constructive trust will be discretionary and should be exercised flexibly. Ordinarily both partners will have an interest in the property acquired, improved or maintained during the course of the relationship. The decision as to which property, if there is more than one, should be made the subject of a constructive trust is also a discretionary one. It too should be based on common sense and a desire to achieve a fair result for both parties.

There will of course be situations where an award for a monetary sum may be the most appropriate remedy. For example where the relationship is of short duration or where there are no assets surviving its dissolution, a monetary award should be made. Professors Berend Hovius and Timothy G. Youdan (*The Law of Family Property*, *supra*, at p. 147) provide the following list of factors which I think are helpful in determining that a monetary distribution may be more appropriate than a constructive trust:

(a) is the "plaintiff's entitlement... relatively small compared to the value of the whole property in question";

lution de la relation, à une part équitable des biens ou de la richesse que leur contribution a aidé à acquérir, à améliorer ou à entretenir. C'est la réparation de la fiducie par interprétation qui semble le mieux adaptée aux attentes raisonnables des parties à un mariage ou à une relation quasi matrimoniale. Néanmoins, lorsque l'imposition d'une fiducie par interprétation nuirait aux droits de tiers de bonne foi, il n'y aurait pas lieu de l'accorder. (Voir Berend Hovius et Timothy G. Youdan, *The Law of Family Property*, *op. cit.*, à la p. 146.)

En conséquence, dans une relation quasi matrimoniale, dans les cas où les droits des tiers ne sont pas en cause, le choix d'une réparation d'ordre pécuniaire ou d'une fiducie par interprétation relèvera du pouvoir discrétionnaire du tribunal, qui devra l'exercer avec souplesse. Habituellement, les deux parties auront un intérêt sur le bien acquis, amélioré ou entretenu au cours de la relation. Il relève également du pouvoir discrétionnaire du tribunal de décider sur quel bien portera la fiducie par interprétation. Cette décision doit aussi être prise suivant le bon sens et avec le désir de régler équitablement le différend entre les parties.

Il y aura certes des situations où l'octroi d'une indemnité pourrait être la réparation la plus appropriée. Par exemple, lorsque la relation est de courte durée ou qu'il ne reste plus de biens au moment de la rupture de la relation. Les professeurs Berend Hovius et Timothy Youdan (*The Law of Family Property*, *op. cit.*, à la p. 147) énumèrent la liste suivante de facteurs qui, à mon avis, sont utiles pour déterminer quand une somme d'argent pourrait convenir davantage qu'une fiducie par interprétation:

i Est-ce que:

[TRADUCTION]

a) «le droit du demandeur est relativement petit par rapport à la valeur de l'ensemble du bien en question»;

- (b) is the “defendant . . . able to satisfy the plaintiff’s claim without a sale of the property” in question;
- (c) does “the plaintiff [have any] special attachment to the property in question”;
- (d) what “hardship might be caused to the defendant if the plaintiff obtained the rights flowing from [the award] of an interest in the property”.
- b) «le défendeur est en mesure de satisfaire à la demande sans vendre le bien» en question;
- a c) «le demandeur [n’a aucun] attachement spécial au bien en question»;
- d) «le défendeur risque de subir un préjudice si le demandeur [obtient] un intérêt sur le bien».

In this case the appellant contributed to the maintenance and the preservation of the home. She painted the fence, planted the cedar hedge, installed the rock garden and built the chicken coop. Nevertheless, her principal contribution was made through the provision of domestic services. Her work around the house and in caring for the children saved the respondent the expense of hiring a housekeeper and someone to care for the children. As a result he was able to use the money which he had saved to purchase other property and to pay-off the mortgage on the Sicamous property.

The trial judge found, that since the respondent was now retired and living on a War Veteran’s Allowance, a monetary award would be “impracticable, probably unrealistic and would not be reasonable under the circumstances” and imposed a constructive trust upon the Sicamous property. I think he was correct in doing so. It could reasonably be inferred that given the work she had done, the appellant would expect to receive a share in the Sicamous property when the relationship ended. Further, although there was no specific evidence that the appellant had formed an emotional attachment to the property, it would not have been unreasonable for the trial judge to have inferred this in light of the work which she had done on the property. In addition, the property was vacant at the time of the trial and the respondent was retired and living on his veteran’s pension in another community. Clearly, he has no particular attachment to the property. A monetary award would be meaningless. Therefore, it was both reasonable and appropriate to choose the Sicamous property as the object of the constructive trust. In the circum-

En l’espèce, l’appelante a contribué à l’entretien et à la préservation du foyer. Elle a peint les clôtures, planté une haie de cèdres, installé une rocaille et construit un poulailler. Néanmoins, sa principale contribution a été la prestation de services domestiques. L’appelante s’est occupée de la maison et du soin des enfants et a de ce fait économisé à l’intimé les dépenses liées à l’embauche d’une aide ménagère et d’une personne pour s’occuper des enfants. Il a donc pu utiliser l’argent épargné pour acheter d’autres biens et éteindre l’hypothèque sur la propriété de Sicamous.

Le juge de première instance a conclu qu’il [TRADUCTION] «ne serait pas pratique, ni vraisemblablement réaliste, ni raisonnable dans les circonstances» d’exiger de l’intimé, retraité et bénéficiaire d’allocations aux anciens combattants, qu’il verse une réparation d’ordre pécuniaire, et il a grevé la propriété de Sicamous d’une fiducie par interprétation. À mon avis, il a eu raison de le faire. On pouvait raisonnablement déduire que l’appelante, compte tenu du travail qu’elle a exécuté, s’attendait à recevoir une part de la propriété de Sicamous au moment de la rupture de la relation. Par ailleurs, bien que rien ne prouvait en particulier que l’appelante s’était attachée sentimentalement au bien, il n’aurait pas été déraisonnable de la part du juge de première instance de le déduire compte tenu du travail qu’elle y a effectué. En outre, le bien-fonds n’était pas occupé à ce moment et l’intimé vivait à la retraite dans une autre localité et avait comme moyen de subsistance sa pension d’ancien combattant. De toute évidence, il n’a aucun attachement particulier au bien en question. Il ne serait pas logique d’attribuer une réparation d’ordre pécuniaire. Par conséquent, il était à la fois raisonnable et approprié de choisir la

stances of this case, the application of the constructive trust remedy was eminently suitable.

propriété de Sicamous pour appliquer la fiducie par interprétation. Dans les circonstances, la réparation sous forme de la fiducie par interprétation convenait parfaitement.

Was the Amount of the Appellant's Interest Reasonably Determined?

La valeur conférée à l'intérêt de l'appelante a-t-elle été calculée d'une façon raisonnable?

There are, generally speaking two methods of evaluating the contribution of a party in a matrimonial relationship. The first method is based upon the value received. This can be thought of as *quantum meruit*, that is the amount the defendant would have had to pay for the services on a purely business basis to any other person doing the work that was provided by the claimant. Alternatively, it can be based upon what is termed "value surviving" which apportions the assets accumulated by the couple on the basis of the contributions made by each. Value surviving is the approach that has been traditionally employed in cases of constructive trust. However, there is no reason why *quantum meruit* or the value received approach could not be utilized to quantify the value of the constructive trust. The remedy should be flexible so that it can be readily adapted to the situation presented in any given case. In many cases the cost of retaining and presenting expert evidence as to the value of the property may be beyond the reach of the parties and at times clearly impractical. This in itself indicates the need for maintaining flexibility in the remedy.

Il existe en général deux façons de calculer la contribution d'une partie à une relation matrimoniale. La première consiste à se fonder sur la valeur reçue, le *quantum meruit*, soit le montant que, du point de vue purement commercial, le défendeur aurait dû payer une autre personne pour obtenir les services qu'il a reçus du demandeur. Subsidiairement, on peut aussi se fonder sur la méthode de la «valeur accumulée» qui consiste à partager les biens accumulés par le couple en fonction de la contribution des parties. C'est cette méthode qui a traditionnellement été utilisée dans les cas de fiducie par interprétation. Toutefois, rien n'empêche d'utiliser la méthode du *quantum meruit* ou de la valeur reçue pour calculer la valeur de la fiducie par interprétation. La réparation devrait être souple, de façon à pouvoir l'adapter facilement à la situation dans un contexte donné. Il arrive souvent que les parties n'ont pas les moyens de retenir les services d'experts et de présenter leur témoignage quant à la valeur du bien et, parfois, cette solution n'est pas du tout pratique. C'est pourquoi il faut continuer à faire preuve de souplesse dans l'octroi de la réparation.

Here, the trial judge undertook the same type of *quantum meruit* analysis employed in *Herman v. Smith* (1984), 42 R.F.L. (2d) 154 (Alta. Q.B.). That is, he calculated the appellant's contributions on the basis of what the respondent would have been required to pay a housekeeper. It has to be noted that his calculations were favourable to the respondent in that he used the amount paid prior to the commencement of the common law relationship as a basis for the calculation and then reduced it by 50 percent to allow for the value of the accommodation that the appellant received from the respondent. This was a fair means of calculating the amount due to the appellant.

En l'espèce, le juge de première instance s'est fondé sur le même genre d'analyse *quantum meruit* que celle utilisée dans l'arrêt *Herman c. Smith* (1984), 42 R.F.L. (2d) 154 (B.R. Alb.). Il a calculé les contributions de l'appelante en fonction de ce que l'intimé aurait dû payer à une aide ménagère. Je tiens à préciser que ses calculs ont été favorables à l'intimé en ce que le juge a utilisé, comme base du calcul, le montant versé avant le début de l'union de fait et qu'il l'a ensuite réduit de 50 pour 100 pour tenir compte de la valeur de l'hébergement fourni à l'appelante. C'est une façon équitable de calculer le montant dû à l'appelante.

Nonetheless, I would observe that the value surviving approach will often be the preferable method of determining the quantum of a claimant's share. This method will usually be more equitable and will more closely accord with the expectation of the parties as to how the assets, which they have accumulated should be divided upon termination of the relationship. Further, the utilization of the value surviving method will avoid the difficult task of assigning a precise dollar value to the services provided by someone who has dedicated him or herself to raising children and caring for a home. Instead, the contributions of the parties can more accurately be expressed as a percentage of the accumulated wealth existing at the termination of the relationship. Thus, for pragmatic reasons, the value surviving method may be the preferable one in many cases. No matter which method is used, equity and fairness should guide the court in determining the value and contributions made by the parties. In this case awarding the Sicamous property to the appellant reflected a fair assessment of her contribution to the relationship.

Disposition

In the result, I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the judgment of the trial judge. The appellant should have her costs throughout these proceedings.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Nixon, Wenger, Vernon.

Solicitors for the respondent: Schroeder, Pidgeon & Company, Vancouver.

Néanmoins, je tiens à faire remarquer que la méthode de la valeur accumulée sera souvent la meilleure façon de déterminer le montant de la part d'un demandeur. Cette méthode sera habituellement plus équitable et se rapprochera davantage de l'attente des parties quant à la façon dont les biens accumulés devraient être partagés au moment de la rupture de la relation. Par ailleurs, en empruntant la méthode de la valeur accumulée, on évite la difficile tâche d'attribuer une valeur pécuniaire précise aux services fournis par une personne qui s'est consacrée à l'éducation des enfants et à l'entretien du foyer. Avec cette méthode, les contributions des parties sont plutôt exprimées, de façon plus exacte, en pourcentage de la richesse accumulée qui existe au moment de la rupture de la relation. En conséquence, pour des raisons pragmatiques, il sera préférable d'utiliser dans de nombreux cas la méthode de la valeur accumulée. Quelle que soit la méthode utilisée, c'est l'équité et l'impartialité qui devraient guider le tribunal dans son calcul de la valeur des biens et de la contribution de chacune des parties. En l'espèce, l'attribution à l'appelante de la propriété de Sicamous constituait une évaluation équitable de sa contribution à la relation.

Dispositif

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir la décision du juge de première instance. L'appelante a droit aux dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Nixon, Wenger, Vernon.

Procureurs de l'intimé: Schroeder, Pidgeon & Company, Vancouver.

MAIL  **POSTE**

Canada Post Corporation - Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

Lettermail

Poste-lettre

**K1A 0S9
OTTAWA**

If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 7, 1993 Vol. 1

and Tables

Cited as [1993] 1 S.C.R. { i-xlvi
1027-1159

7^e cahier, 1993 Vol. 1

et Tables

Renvoi [1993] 1 R.C.S. { i-xlvi
1027-1159

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	xi
Table of Cases Cited	xix
Statutes and Regulations Cited	xxxvii
Authors Cited	xli
Index	1147

Barrette v. Crabtree Estate 1027

Corporations — Directors — Liability to employees — Pay in lieu of notice of dismissal — Directors of insolvent corporation held personally liable for sums awarded by court as pay in lieu of notice — Whether these sums "debts . . . for services

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

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

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges	iii
Errata	iv
Requêtes	v
Tables des jugements	xv
Table de la jurisprudence	xix
Lois et règlements cités	xxxix
Doctrine citée	xli
Index	1153

Barrette c. Crabtree (Succession de) 1027

Compagnies — Administrateurs — Responsabilité envers les employés — Indemnité de cessation d'emploi — Administrateurs d'une société insolvable tenus personnellement responsables pour les sommes allouées par un tribunal à titre d'in-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

performed for the corporation" within meaning of s. 114(1) of Canada Business Corporations Act — Canada Business Corporations Act, S.C. 1974-75-76, c. 33, s. 114(1).

Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration) 1053

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Examinations at port of entry by immigration officer — Convention refugee claimant — Secondary examination — Whether claimant detained and having right to counsel under s. 10(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to counsel — Examinations at port of entry by immigration officer — Convention refugee claimant — Secondary examination — Whether claimant having right to counsel under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Immigration — Examinations at port of entry by immigration officer — Convention refugee claimant — Secondary examination — Whether claimant having right to counsel under ss. 7 or 10(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Finlay v. Canada (Minister of Finance)..... 1080

Social welfare — Social assistance — Overpayments — Manitoba making deductions from social assistance payments in order to recover overpayments — Provinces required to "take into account the basic requirements" of persons in need in order to be eligible for federal cost sharing — Whether deductions violate Canada Assistance Plan or agreement between Manitoba and federal government — Canada Assistance Plan, R.S.C., 1985, c. C-1, s. 6(2)(a), (b) — Social Allowances Act, R.S.M. 1987, c. S160, s. 20(3).

Social welfare — Social assistance — Rates — Manitoba allowing municipalities to set own rates of assistance — Whether practice violates Canada Assistance Plan — Canada Assistance Plan, R.S.C., 1985, c. C-1, s. 4.

R. v. Finta 1138

Practice — Supreme Court of Canada — Applications to intervene — Public interest groups establishing interest in outcome of appeal and offering useful and novel submissions — Groups granted leave to intervene — Private individual having no stake in result of appeal — Individual denied leave to intervene — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, r. 18.

R. v. Schiewe 1134

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — Delays in provision of legal aid through no fault of recipient — No unreasonable delay given special circumstances and complexity and length of the cases.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

démnité de cessation d'emploi — Ces sommes constituent-elles des «dettes résultant de l'exécution [...] de services au profit de la société» au sens de l'art. 114(1) de la Loi sur les sociétés commerciales canadiennes? — Loi sur les sociétés commerciales canadiennes, S.C. 1974-75-76, ch. 33, art. 114(1).

Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) 1053

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Examens qu'un agent d'immigration fait subir à un point d'entrée — Revendicateur du statut de réfugié au sens de la Convention — Examen secondaire — Le revendicateur a-t-il été détenu et avait-il droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 10(b) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit à l'assistance d'un avocat — Examens qu'un agent d'immigration fait subir à un point d'entrée — Revendicateur du statut de réfugié au sens de la Convention — Examen secondaire — Le revendicateur avait-il droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Immigration — Examens qu'un agent d'immigration fait subir à un point d'entrée — Revendicateur du statut de réfugié au sens de la Convention — Examen secondaire — Le revendicateur avait-il droit à l'assistance d'un avocat en vertu des art. 7 ou 10(b) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Finlay c. Canada (Ministre des Finances) 1080

Bien-être social — Aide sociale — Paiements en trop — Retenues effectuées par le Manitoba sur des paiements d'aide sociale afin de récupérer des sommes versées en trop — Provinces tenues de fournir une aide qui soit «compatible» avec les «besoins fondamentaux» des personnes nécessitantes pour avoir droit au partage des frais par le gouvernement fédéral — Les retenues contreviennent-elles au Régime d'assistance publique du Canada ou à l'accord intervenu entre le Manitoba et le gouvernement fédéral? — Régime d'assistance publique du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-1, art. 6(2)a), b) — Loi sur l'aide sociale, L.R.M. 1987, ch. S160, art. 20(3).

Bien-être social — Aide sociale — Taux — Manitoba permettant aux municipalités de fixer leurs propres taux d'assistance — Cette pratique contrevient-elle au Régime d'assistance publique du Canada? — Régime d'assistance publique du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-1, art. 4.

R. c. Finta 1138

Pratique — Cour suprême du Canada — Demandes d'intervention — Groupes d'intérêt public démontrant un intérêt dans l'issue du pourvoi et avançant des arguments utiles et nouveaux — Groupes autorisés à intervenir — Particulier n'ayant

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Steeves	1136
Criminal law — Appeal — Unreasonable verdict — Accused convicted of manslaughter — Court of Appeal overturning conviction — Trial judge's conclusion that accused inflicted fatal injuries not unreasonable — Conviction restored.	

SOMMAIRE (Fin)

aucun intérêt dans l'issue du pourvoi — Refus d'autoriser ce particulier à intervenir — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 18.

R. c. Schiewe	1134
----------------------------	-------------

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délais dans la prestation d'aide juridique non attribuables au bénéficiaire — Aucun délai déraisonnable compte tenu des circonstances particulières et de la complexité et de la longueur des affaires.

R. c. Steeves	1136
----------------------------	-------------

Droit criminel — Appel — Verdict déraisonnable — Accusé déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Déclaration de culpabilité annulée par la Cour d'appel — Caractère non déraisonnable de la conclusion du juge du procès que l'accusé a infligé des blessures fatales — Déclaration de culpabilité rétablie.



1993 Volume 1

Canada Supreme Court Reports

Published pursuant to Statute by

ANNE ROLAND
Registrar of the Court

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
Odile Calder

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Revisors
Richard Berberi
Liliane Baribeau

Manager, Editorial Services
Gisèle Boulay

Technical Revisors
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty

Secretaries
Suzanne Giguère
Lyne Renaud

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Publié conformément à la Loi par

ANNE ROLAND
Registraire de la Cour

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
Odile Calder

Arrêtiistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Réviseurs
Richard Berberi
Liliane Baribeau

Gestionnaire, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Réviseurs techniques
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty

Secrétaires
Suzanne Giguère
Lyne Renaud

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable GÉRARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

**JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA**

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

ERRATA

- [1992] 2 S.C.R. at p. 154, line *i-2* of the English version. Read "unilateral undertaking" instead of "unilateral understanding".
- [1992] 3 S.C.R. at p. 467, lines *e-2* to *e-4* of the English version. Read "allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of first degree murder" instead of "allowing the accused's appeal from his conviction on a charge of first degree murder".
- [1992] 3 S.C.R. at p. 467, lines *e-3* to *e-4* of the French version. Read "interjeté par le ministère public contre l'acquittement de l'accusé relativement à une accusation de meurtre" instead of "interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre".
- [1993] 1 S.C.R. at p. 679, line *e-4* of the English version. Read "released concurrently with these reasons" instead of "with these reasons".
- [1993] 1 S.C.R. at p. 975, line *b-5* of the French version. Add after publique. "[Je souligne.]".
- [1992] 2 R.C.S. à la p. 154, ligne *i-2* de la version anglaise. Lire «unilateral undertaking» au lieu de «unilateral understanding».
- [1992] 3 R.C.S. à la p. 467, lignes *e-2* à *e-4* de la version anglaise. Lire «allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of first degree murder» au lieu de «allowing the accused's appeal from his conviction on a charge of first degree murder».
- [1992] 3 R.C.S. à la p. 467, lignes *e-3* à *e-4* de la version française. Lire «interjeté par le ministère public contre l'acquittement de l'accusé relativement à une accusation de meurtre» au lieu de «interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre».
- [1993] 1 R.C.S. à la p. 679, ligne *e-4* de la version anglaise. Lire «released concurrently with these reasons» au lieu de «with these reasons».
- [1993] 1 R.C.S. à la p. 975, ligne *b-5* de la version française. Ajouter après publique. «[Je souligne.]».

MOTIONS—REQUÊTES

- 337965 B.C. Ltd. v. Tackama Forest Products Ltd.* (B.C.), 23139, leave to appeal refused with costs, 11.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Afridi v. Royal Bank of Canada* (Sask.), 23108, leave to appeal granted, 4.2.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Ahvazi c. Université Concordia* (Qué.), 23136, leave to appeal refused with costs, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Alfaro c. Centre de prévention de Montréal (The Warden)* (Crim.)(Qué.), 23137, notice of discontinuance filed, 5.2.93, avis de désistement produit.
- Alta Surety Co. v. Corporation of the Town of Vaughan* (Ont.), 23155, leave to appeal refused with costs, 21.1.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Anderdon Estates Ltd. v. Corporation of the City of Windsor* (Ont.), 23172, leave to appeal refused, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Antosko v. The Queen* (F.C.A.)(Crim.)(N.B.), 23282, leave to appeal granted, 11.3.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Arcangioli v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23380, leave to appeal granted, 11.3.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Ashmead v. The Queen in right of the province of British Columbia* (B.C.), 23184, leave to appeal refused, 21.1.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Bail c. Université de Montréal* (Qué.), 23256, leave to appeal refused with costs, 4.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Beliveau c. Comité de discipline du Barreau du Québec* (Qué.), 23118, leave to appeal refused with costs, 21.1.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Beliveau c. Comité de discipline du Barreau du Québec* (Qué.), 23119, leave to appeal refused with costs, 21.1.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bell v. Greenhills Workers' Association* (B.C.), 23395, leave to appeal granted, 18.3.93, autorisation de pourvoi accordée.
- British Columbia Securities Commission v. Pezim* (B.C.), 23113, leave to appeal granted, 11.3.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Browning Harvey Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Nfld.), 23167, leave to appeal refused with costs, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Broadcasting Corporation v. Canada Labour Relations Board* (F.C.A.)(Ont.), 23142, leave to appeal granted, 4.2.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Canepa v. Minister of Employment and Immigration* (Ont.), 23192, leave to appeal refused, 21.1.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Carleton Condominium Corporation No. 347 v. Trendsetter Developments Ltd.* (Ont.), 23235, notice of discontinuance filed, 4.1.93, avis de désistement produit.
- Carrier Sekani Tribal Council v. Minister of the Environment* (F.C.A.)(B.C.), 23133, leave to appeal refused, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée.

- Charles c. Université de Montréal* (Qué.), 23280, leave to appeal refused with costs, 4.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chartrand c. Directeur de l'établissement de détention Leclerc* (Crim.)(Qué.), 23174, leave to appeal refused, 21.1.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. Richard B.* (Ont.), 23298, leave to appeal granted, 4.2.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Chivukula v. The Queen in right of Ontario* (Ont.), 23185, leave to appeal refused, 18.2.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash* (Qué.), 23083, leave to appeal granted, 4.2.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Communauté urbaine de Montréal c. Placements Ansec Ltée* (Qué.), 23278, notice of discontinuance filed, 8.3.93, avis de désistement produit.
- Conseil canadien des relations du travail c. Procureur général du Canada* (C.A.F.)(Qué.), 23211, leave to appeal refused with costs, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corporation municipale de Saint-Donat c. 155849 Canada Inc.* (Qué.), 23219, leave to appeal refused with costs, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corporation of the District of Maple Ridge v. Anderson* (B.C.), 23239, leave to appeal refused with costs, 11.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cyrus v. Minister of Health and Welfare* (F.C.A.)(B.C.), 23180, leave to appeal refused, 21.1.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Defilippis v. 568293 Ontario Ltd.* (Ont.), 23177, leave to appeal refused with costs, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Eyford v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23295, leave to appeal refused, 21.1.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Farinacci v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23059, leave to appeal refused, 18.3.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Friends of the Athabasca Environmental Association v. Lack* (Alta.), 23208, leave to appeal refused with costs, 11.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gibney v. Gilliland* (B.C.), 23159, leave to appeal granted, 4.2.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Granville Savings and Mortgage Corporation v. Campbell* (Man.), 23210, leave to appeal granted, 11.3.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Greggor v. Cook* (Man.), 23365, leave to appeal refused, 25.3.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Groupe Commerce Compagnie d'Assurances c. Service d'entretien Ribo Inc.* (Qué.), 23242, leave to appeal refused with costs, 4.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hale c. La Reine* (C.A.F.)(Qué.), 23193, leave to appeal refused with costs, 11.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hardouin c. Commission d'Appel en matière de lésions professionnelles* (Qué.), 23261, leave to appeal refused with costs, 4.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hartley v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23338, leave to appeal refused, 25.3.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Hillcrest Housing Ltd. v. Wedge* (P.E.I.), 23229, leave to appeal refused with costs, 4.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hiscock c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22933, leave to appeal refused, 11.2.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Hydro-Québec c. Desrochers* (Qué.), 23263, leave to appeal refused with costs, 4.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Insurance Corporation of British Columbia v. Minister of Financial Institutions* (Ont.), 23128, leave to appeal refused, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée.

- International Longshoremen's and Warehousemen's Union -- Canada Area Locals 500, 502, 503, 504, 505, 506, 508, 515 and 519 v. The Queen* (F.C.A.)(Crim.)(B.C.), 23306, leave to appeal granted, 11.3.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Issa v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23252, leave to appeal refused, 21.1.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Jeffreys v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23061, leave to appeal refused, 18.3.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Jobin v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23190, leave to appeal granted, 4.2.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Kansa General Insurance Co. v. Jones* (Ont.), 23187, leave to appeal refused with costs, 4.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kehler v. Corporation of the District of Surrey* (B.C.), 23241, leave to appeal refused with costs, 11.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kieling v. Saskatchewan Wheat Pool* (Sask.), 23258, leave to appeal refused with costs, 18.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kirk v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23293, leave to appeal refused, 18.2.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Kita v. Braig* (B.C.), 23240, leave to appeal refused, 25.2.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Knopp v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23196, leave to appeal refused, 25.3.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Konetzka v. Davies* (B.C.), 23198, leave to appeal refused with costs, 11.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kuz v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23204, leave to appeal refused, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Lamontagne c. Domtar Inc.* (Qué.), 23272, leave to appeal refused with costs, 4.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Latulippe, Renaud, Bourque Ltée c. Domaine Saint-Martin Ltée* (Qué.), 23175, leave to appeal refused with costs, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Laurier Life Insurance Co. v. Wagner Brothers Holdings Inc.* (Ont.), 23231, leave to appeal refused with costs, 11.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lavigne c. Centre Hospitalier des Laurentides* (Qué.), 23270, leave to appeal refused with costs, 4.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lepine v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23026, leave to appeal refused, 18.3.93, autorisation de pourvoi refusée.
- London Monenco Consultants Ltd. v. Ontario Human Rights Commission* (Ont.), 23248, leave to appeal refused with costs, 11.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lynch v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23218, leave to appeal refused, 11.3.93, autorisation de pourvoi refusée.
- MacKay v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23294, leave to appeal refused, 18.2.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Maritime Life Assurance Co. v. Saskatchewan River Bungalows Ltd.* (Alta.), 23194, leave to appeal granted, 11.3.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Marzetti v. Marzetti* (Alta.), 23273, leave to appeal granted, 11.3.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Mayer c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23176, leave to appeal refused, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée.
- McGreal v. Public Trustee of British Columbia* (B.C.), 23307, leave to appeal refused with costs, 25.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McKenzie v. Mason* (B.C.), 23308, leave to appeal refused, 18.3.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Millar v. Millar* (Alta.), 23212, leave to appeal refused with costs, 21.1.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Minister of National Revenue v. United Terminals Ltd.* (F.C.A.)(Ont.), 23205, leave to appeal refused with costs, 21.1.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Moiescu c. Royal Bank of Canada* (Qué.), 23199, leave to appeal refused with costs, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Municipalité de l'Ange-Gardien c. Huot* (Qué.), 23213, leave to appeal refused with costs, 4.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Municipalité de l'Ange-Gardien c. Sablière C.D.R. Inc.* (Qué.), 23214, leave to appeal refused with costs, 4.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Neaves v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 23121, leave to appeal refused, 11.3.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Neill v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23311, leave to appeal refused, 25.3.93, autorisation de pourvoi refusée.
- O'Donnell v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 22529, notice of discontinuance filed, 29.1.93, avis de désistement produit.
- Ozirny v. Schepp* (Sask.), 23156, leave to appeal refused with costs, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pearlman v. City of Winnipeg* (Man.), 23008, leave to appeal refused with costs, 11.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Penava v. MacIntyre* (Ont.), 23319, leave to appeal refused with costs, 4.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Penner v. Danbrook* (Sask.), 23122, leave to appeal refused, 21.1.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Perreault c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23285, leave to appeal refused, 21.1.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Petrovic c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23170, leave to appeal refused, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Petrovic c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23171, leave to appeal refused, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Pigott Project Management Ltd. v. Central Reinforcing Steel Service Ltd.* (Alta.), 23339, notice of discontinuance filed, 17.2.93, avis de désistement produit.
- Placer Dome Inc. v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 23247, leave to appeal refused with costs, 18.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pollington v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23259, leave to appeal refused, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Prosper v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 23178, notice of discontinuance filed, 27.1.93, avis de désistement produit.
- R. v. Baker* (Crim.)(Nfld.), 23202, leave to appeal refused, 18.3.93, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Callejas* (Crim.)(Qué.), 23254, leave to appeal refused, 28.1.93, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Chartrand* (Crim.)(Ont.), 23340, leave to appeal granted, 11.3.93, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Johnson* (Crim.)(Ont.), 23217, leave to appeal granted, 25.3.93, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Native Women's Association of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 23253, leave to appeal granted, 11.3.93, autorisation de pourvoi accordée.
- R. c. Perreault* (Crim.)(Qué.), 23191, leave to appeal refused, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Raissi v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 23173, leave to appeal refused with costs, 28.1.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rémillard c. Bissonnette* (Qué.), 23148, leave to appeal refused with costs, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rémillard c. Bourdeau* (Qué.), 23145, leave to appeal refused with costs, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rémillard c. Héту* (Qué.), 23147, leave to appeal refused with costs, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rémillard c. Lapierre* (Qué.), 23146, leave to appeal refused with costs, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Rémillard c. Legault* (Qué.), 23149, leave to appeal refused with costs, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rémillard c. Leroux* (Qué.), 23132, leave to appeal refused with costs, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rémillard c. Monette* (Qué.), 23144, leave to appeal refused with costs, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Remillard c. Paré* (Qué.), 23150, leave to appeal refused with costs, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rémillard c. Robichaud* (Qué.), 23143, leave to appeal refused with costs, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rémillard c. Sauvé (Daniel)* (Qué.), 23151, leave to appeal refused with costs, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rémillard c. Sauvé (Gilles)* (Qué.), 23153, leave to appeal refused with costs, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rémillard c. Sauvé (Michel)* (Qué.), 23152, leave to appeal refused with costs, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Richard B. v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (Ont.), 23298, leave to appeal granted, 4.2.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Robichaud c. Société canadienne des Postes* (Qué.), 23269, leave to appeal refused with costs, 4.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Robitaille v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23292, leave to appeal refused, 21.1.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Rodriguez v. Attorney General of British Columbia* (B.C.), 23476, leave to appeal granted, 23.3.93, autorisation de pourvoi accordée.
-
- Rouette c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23264, leave to appeal refused, 21.1.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Rowbotham v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23104, leave to appeal refused, 4.3.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Roy c. Bégin* (Qué.), 23124, leave to appeal refused with costs, 28.1.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ruffo c. Conseil de la Magistrature* (Qué.), 23127, leave to appeal granted, 4.2.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Ruffo c. Conseil de la Magistrature* (Qué.), 23222, leave to appeal granted, 4.2.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Salamon v. Minister of Education of Alberta* (Alta.), 22801, leave to appeal refused, 4.3.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Sandrasegarampillai c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23324, leave to appeal refused, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Sauvé c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22941, leave to appeal refused, 11.2.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Save the Bulkley Society v. Alcan Aluminium Ltd.* (F.C.A.)(B.C.), 23130, leave to appeal refused, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Société de transport de la communauté urbaine de Montréal c. Chaput* (Qué.), 23265, leave to appeal refused with costs, 4.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sous-ministre du revenu du Québec c. Larouche* (Qué.), 23206, leave to appeal refused, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Standard Trust Co. v. Corporation of the City of Nepean* (Ont.), 23250, leave to appeal refused with costs, 11.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stojak c. Proulx* (Qué.), 23226, leave to appeal refused with costs, 4.3.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Superintendent of Brokers v. Pezim* (B.C.), 23107, leave to appeal granted, 11.3.93, autorisation de pourvoi accordée.

- Swan v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22845, notice of discontinuance filed, 18.2.93, avis de désistement produit.
- Swietlinski v. Attorney General of Ontario* (Crim.)(Ont.), 23100, leave to appeal granted, 4.2.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Syndicat de l'enseignement de Champlain c. Commission scolaire régionale de Chambly* (Qué.), 23188, leave to appeal granted, 4.2.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Syndicat des enseignants des Vieilles-Forges c. Commission scolaire régionale des Vieilles-Forges* (Qué.), 23140, leave to appeal refused with costs, 21.1.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tackama Forest Products Ltd. v. 337965* (B.C.), 23139, leave to appeal refused, 11.3.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Tam c. The Queen* (Crim.)(Qué.), 23299, leave to appeal refused, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Tecksol Inc. c. Procureur général du Canada* (C.A.F.)(Qué.), 23203, leave to appeal refused with costs, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tobin v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23296, leave to appeal refused, 4.3.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Toneguzzo-Norvel v. Savein* (B.C.), 23195, leave to appeal granted, 4.2.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Traders General Insurance Co. v. Beausoleil* (Ont.), 23138, leave to appeal refused with costs, 21.1.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Trzop v. The Queen* (F.C.A.)(Crim.)(N.B.), 23283, leave to appeal granted, 11.3.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Trzop v. The Queen* (F.C.A.)(Crim.)(N.B.), 23284, leave to appeal granted, 11.3.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Tseshaht, an Indian Band v. The Queen in right of the Province of British Columbia* (B.C.), 23234, leave to appeal granted, 11.3.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Tucker v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23221, leave to appeal refused, 18.2.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Turner v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 23236, leave to appeal refused with costs, 21.1.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Turner v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 23237, leave to appeal refused with costs, 21.1.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- United Mine Workers of America International Union v. Bell* (B.C.), 23395, leave to appeal granted, 18.3.93, autorisation de pourvoi accordée.
- United States of America v. Lepine* (Crim.)(Ont.), 23125, leave to appeal granted, 4.2.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Ville de Deux-Montagnes c. Ryan* (Qué.), 23358, notice of discontinuance filed, 17.3.93, avis de désistement produit.
- Vokey v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 23040, notice of discontinuance filed, 4.1.93, avis de désistement produit.
- Webster v. British Columbia Hydro and Power Authority* (B.C.), 23085, leave to appeal granted, 4.2.93, autorisation de pourvoi accordée.
- White v. Royal Bank of Canada* (Sask.), 23372, leave to appeal refused with costs, 19.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Willick v. Willick* (Sask.), 23141, leave to appeal granted, 4.2.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Willmor Discount Corporation c. Ville de Vaudreuil* (Qué.), 23220, leave to appeal granted, 11.3.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Wright v. Westfair Foods Ltd.* (Alta.), 23209, leave to appeal refused, 4.2.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Young v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23251, leave to appeal refused, 4.3.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Zabukovec v. Zabukovec* (Ont.), 23362, leave to appeal refused with costs, 5.2.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Zaharov v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23303, leave to appeal refused, 11.3.93, 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			
375069 Alberta Ltd., Canada Mortgage and Housing Corporation v.....	167	Canada (Minister of Employment and Immigration), Dehghani v.....	1053
386360 Alberta Ltd., Canada Mortgage and Housing Corporation v.....	167	Canada (Minister of Finance), Finlay v.....	1080
Alkerton, R. v.....	468	Canada Mortgage and Housing Corporation v. 375069 Alberta Ltd.....	167
Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board).....	897	Canada Mortgage and Housing Corporation v. 386360 Alberta Ltd.....	167
Attorney General see also "Canada" or the name of province		Canada Mortgage and Housing Corporation v. Hongkong Bank of Canada	167
		Canadian Broadcasting Corp., Donahoe v.....	319
		Cognos Inc., Queen v.....	87
		Commission see also "Canada" or the name of province	
		Cooper, R. v.	146
		Crabtree Estate, Barrette v.....	1027
B			
B. (F. F.), R. v.	697	D	
B. (K. G.), R. v.	740	Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	1053
BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority.....	12	Donahoe v. Canadian Broadcasting Corp.....	319
Baron v. Canada	416	Douglas, R. v.....	893
Barrette v. Crabtree Estate.....	1027		
Beblow, Peter v.	980	E	
British Columbia Hydro and Power Authority, BG Checo International Ltd. v.....	12	Engel v. Salyn	306
British Columbia (Workers' Compensation Board), Amchem Products Inc. v.....	897		
C		F	
Caisse populaire de Maniwaki v. Giroux.....	282	Finlay v. Canada (Minister of Finance).....	1080
Canada (Attorney General) v. Mossop.....	554	Finta, R. v.....	1138
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada.....	941		
Canada, Baron v.....	416	G	
		Giroux, Caisse populaire de Maniwaki v.....	282

	PAGE		PAGE
Greenbaum, R. v.	674	P. (V. L.), R. v.	837
H		Peter v. Beblow	980
Hongkong Bank of Canada v. Wheeler Holdings Ltd.	167	Peter A.B. Widener (The), Rhône (The) v.	497
Hongkong Bank of Canada, Canada Mortgage and Housing Corporation v.	167	Pitt, R. v.	466
Honish, R. v.	458	Pouliot, R. v.	456
Hundal, R. v.	867	Public Service Alliance of Canada, Canada (Attorney General) v.	941
J		Q	
Jones, R. v.	460	Queen see also "R."	
L		Queen v. Cognos Inc.	87
Larocque, Université du Québec à Trois-Rivières v.	471	R	
M		R. v. Alkerton	468
M.N.R., Sie-Mac Pipeline Contractors Ltd. v.	895	R. v. B. (F. F.)	697
MacKenzie, R. v.	212	R. v. B. (K. G.)	740
Minister see also "Canada" or the name of province		R. v. Cooper	146
Morgentaler, R. v.	462	R. v. Douglas	893
Mossop, Canada (Attorney-General) v.	554	R. v. Finta	1138
Myers, R. v.	893	R. v. Greenbaum	674
N		R. v. Honish	458
New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)	319	R. v. Hundal	867
Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly), New Brunswick Broadcasting Co. v.	319	R. v. Jones	460
O		R. v. MacKenzie	212
Office see also "Canada" or the name of province		R. v. Myers	893
P		R. v. Morgentaler	462
P. (J.), R. v.	469	R. v. P. (J.)	469
		R. v. P. (V. L.)	837
		R. v. Pitt	466
		R. v. Pouliot	456
		R. v. Schiewe	1134
		R. v. Sharma	650
		R. v. Steeves	1136
		R. v. Thomas	835
		R. v. Webster	3
		Reference re <i>Public Schools Act</i> (Man.), s. 79(3), (4) and (7)	839
		Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.	252
		Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The)	497
S			
		Salyn, Engel v.	306
		Schiewe, R. v.	1134

	PAGE		PAGE
Sharma, R. v.....	650	Université du Québec à Trois-Rivières v. Laroc-	
Sie-Mac Pipeline Contractors Ltd. v. M.N.R.	895	que	471
Simcoe & Erie General Insurance Co., Reid			
Crowther & Partners Ltd. v.....	252		
Steeves, R. v.....	1136		
		W	
		Webster, R. v.	3
T		Westar Mining Ltd. (Re).....	890
The Queen see also "R."		Wheeler Holdings Ltd., Hongkong Bank of Cana-	
Thomas, R. v.	835	da v.....	167

U

Union see also under abbreviated name .

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique «Répertorié» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A		Canada (Ministre des Finances), Finlay c.	1080
375069 Alberta Ltd., Société canadienne d'hypothèques et de logement c.	167	Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada.....	941
386360 Alberta Ltd., Société canadienne d'hypothèques et de logement c.	167	Canada (Procureur général) c. Mossop.....	554
Alkerton, R. c.	468	Cognos Inc., Queen c.	87
Alliance de la Fonction publique du Canada, Canada (Procureur général) c.	941	Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board), Amchem Products Inc. c.	897
Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board).....	897	Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province	
		Cooper, R. c.	146
		Crabtree (Succession de), Barrette c.	1027
B		D	
B. (F. F.), R. c.	697	Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	1053
B. (K. G.), R. c.	740	Donahoe c. Société Radio Canada	319
BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority	12	Douglas, R. c.	893
Banque Hongkong du Canada c. Wheeler Holdings Ltd.	167	E	
Banque Hongkong du Canada, Société canadienne d'hypothèques et de logement c.	167	Engel c. Salyn	306
Baron c. Canada	416	F	
Barrette c. Crabtree (Succession de).....	1027	Finlay c. Canada (Ministre des Finances).....	1080
Beblow, Peter c.	980	Finta, R. c.	1138
British Columbia Hydro and Power Authority, BG Checo International Ltd. c.	12	G	
C		Giroux, Caisse populaire de Maniwaki c.	282
Caisse populaire de Maniwaki c. Giroux.....	282	Greenbaum, R. c.	674
Canada, Baron c.	416		
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), Dehghani c.	1053		

	PAGE		PAGE
H		Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province	
Honish, R. c.....	458		
Hundal, R. c.	867		
J		Q	
Jones R. c.	460	Queen c. Cognos Inc.....	87
L		R	
M		Reine voir aussi «R.»	
La Reine voir aussi «R.»		R. c. Alkerton.....	468
Larocque, Université du Québec à Trois-Rivières c.	471	R. c. B. (F. F.).....	697
		R. c. B. (K. G.)	740
		R. c. Cooper	146
		R. c. Douglas.....	893
		R. c. Finta.....	1138
		R. c. Greenbaum.....	674
M.R.N., Sie-Mac Pipeline Contractors Ltd. c.....	895	R. c. Honish.....	458
MacKenzie, R. c.....	212	R. c. Hundal	867
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Jones	460
Morgentaler, R. c.	462	R. c. MacKenzie.....	212
Mossop, Canada (Procureur général) c.	554	R. c. Morgentaler	462
Myers, R. c.	893	R. c. Myers	893
		R. c. P. (J.)	469
		R. c. P. (V. L.).....	837
		R. c. Pitt.....	466
		R. c. Pouliot.....	456
		R. c. Schiewe.....	1134
		R. c. Sharma	650
		R. c. Steeves	1136
		R. c. Thomas	835
		R. c. Webster	3
		Reid Crowther & Parterns Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.	252
		Renvoi relatif à la <i>Loi sur les écoles publiques</i> (Man.), art. 79(3), (4) et (7).....	839
		Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le).....	497
N		S	
New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative).....	319	Salyn, Engel c.	306
Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative), New Brunswick Broadcasting Co. c.	319	Schiewe, R. c.....	1134
		Sharma, R. c.....	650
		Sie-Mac Pipeline Contractors Ltd. c. M.R.N.....	895
		Simcoe & Erie General Insurance Co., Reid Crowther & Partners Ltd. c.....	252
O			
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province			
P			
P. (J.), R. c.	469		
P. (V. L.), R. c.	837		
Peter c. Beblow	980		
Peter A.B. Widener (Le), Rhône (Le) c.....	497		
Pitt, R. c.....	466		
Pouliot, R. c.....	456		

	PAGE		PAGE
		U	
Société canadienne d'hypothèques et de logement c. 375069 Alberta Ltd.....	167	Université du Québec à Trois-Rivières c. Laroc- que	471
Société canadienne d'hypothèques et de logement c. 386360 Alberta Ltd.....	167		
Société canadienne d'hypothèques et de logement c. Banque Hongkong du Canada.....	167	W	
Société Radio-Canada, Donahoe c.	319	Webster, R. c.	3
Steeves, R. c.	1136	Westar Mining Ltd. (Re).....	890
Syndicat voir aussi sous nom abrégé		Wheeler Holdings Ltd., Banque Hongkong du Ca- nada c.	167
T			
Thomas, R. c.	835		

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
A		
Abrahams c. Procureur général du Canada.....	[1983] 1 R.C.S. 2.....	1114
Abrahams v. Attorney General of Canada.....	[1983] 1 S.C.R. 2.....	1114
Aikmac Holdings Ltd. v. Loewen.....	[1989] 6 W.W.R. 759.....	930
Allied-Signal Inc. v. Dome Petroleum Ltd.....	(1988), 67 Alta. L.R. (2d) 259.....	929
Alvah H. Boushell, The	38 F.2d 980 (1930).....	538, 546
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.....	[1978] 2 S.C.R. 229.....	313
Andrews v. Law Society of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 143.....	615
Andronyk v. Williams.....	(1985), 35 C.C.L.T. 38.....	129
Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission.....	[1969] 2 A.C. 147.....	953
Anns v. London Borough of Merton	[1977] 2 All E.R. 492.....	66
Antares Shipping Corp. c. Le navire "Capricorn"	[1977] 2 R.C.S. 422.....	911
Antares Shipping Corp. v. The Ship "Capricorn".....	[1977] 2 S.C.R. 422.....	911
Anti-Inflation Act, Re.....	[1976] 2 S.C.R. 373.....	619
Anthracite, The.....	168 F. 693 (1909).....	547
Ares v. Venner.....	[1970] S.C.R. 608.....	797
Arnold v. Teno	[1978] 2 S.C.R. 287.....	313
Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.	[1979] 1 S.C.R. 633.....	42
Asbestos Corp. v. Cook.....	[1933] S.C.R. 86.....	1045
Association canadienne du contrôle du trafic aérien c. La Reine ...	[1985] 2 C.F. 84.....	966
Atlantic Star, The	[1973] 2 All E.R. 175.....	916
Attorney-General v. Great Eastern Railway Co.....	(1880), 5 App. Cas. 473.....	202
Attorney General v. Hitchcock.....	(1847), 16 L.J. Ex. 259.....	756
Avenue Properties Ltd. v. First City Dev. Corp.....	(1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45.....	921
B		
B.C. Motor Vehicle Act, Re.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	614, 882, 1075
B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.....	[1986] 1 S.C.R. 228.....	42
Bagot v. Stevens Scanlan & Co.....	[1966] 1 Q.B. 197.....	63
Bahinipaty and The Queen, Re.....	(1983), 5 C.C.C. (3d) 439.....	6
Bahnsen and Hazelwood, Re.....	(1960), 23 D.L.R. (2d) 76.....	207

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Banque Financière de la Cité SA v. Westgate Insurance Co.	[1989] 2 All E.R. 952.....	131
Banque nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce	[1984] 1 R.C.S. 269.....	595
Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.	[1978] Q.B. 554.....	36, 365
Beauregard v. Canada	[1986] 2 S.C.R. 56.....	354, 439
Bell v. Ontario Human Rights Commission	[1971] S.C.R. 756.....	953
Bell Canada c. Canada (Conseil canadien de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)	[1989] 1 R.C.S. 1722.....	598, 958
Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommu- nications Commission).....	[1989] 1 S.C.R. 1722.....	598, 958
Bell Houses Ltd. v. City Wall Properties Ltd.....	[1966] 2 Q.B. 656.....	202
BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority	[1993] 1 S.C.R. 12.....	93, 111
Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada ...	[1985] 2 R.C.S. 561.....	570, 611
Bhinder v. Canadian National Railway Co.....	[1985] 2 S.C.R. 561.....	570, 611
Binus v. The Queen	[1967] S.C.R. 594.....	880
Blackstone v. Mutual Life Insurance Co. of New York	[1945] 1 D.L.R. 165	297
Blainey and Ontario Hockey Association, Re	(1986), 26 D.L.R. (4th) 728	612
Blair v. Canada Trust Co.....	(1986), 38 C.C.L.T. 300	118
Bliss c. Procureur général du Canada	[1979] 1 R.C.S. 183.....	646
Bliss v. Attorney General of Canada.....	[1979] 1 S.C.R. 183.....	646
Bordentown, The.....	40 F. 682 (1889).....	546
Boorman v. Brown.....	(1842), 3 Q.B. 511 (Ex. Ch.), 114 E.R. 603	61
Borowski c. Canada (Procureur général).....	[1989] 1 R.C.S. 342.....	848
Borowski v. Canada (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 342.....	848
Bradlaugh v. Gossett.....	(1884), 12 Q.B.D. 271.....	342
Bramley Moore, The.....	[1963] 2 Lloyd's Rep. 429.....	528, 545
Branzburg v. Hayes.....	408 U.S. 665 (1972).....	410
Braschi v. Stahl Associates Co.....	74 N.Y.2d 201 (1989).....	637
Bretherton v. Wood	(1821), 3 Brod. & B. 54, 129 E.R. 1203	60
Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.	[1992] 3 S.C.R. 87.....	269
British Airways Board v. Laker Airways Ltd.	[1985] A.C. 53	924
British Columbia Telephone Co. v. Marpole Towing Ltd.	[1971] S.C.R. 321	517
Brown v. Bates.....	363 F. Supp. 897 (1973).....	111
Burrows v. Burke	(1984), 49 O.R. (2d) 76.....	103
Bushby v. Munday	(1821), 5 Madd. 297, 56 E.R. 908.....	912
C		
CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 983.....	596, 964
California v. Green	399 U.S. 149 (1970).....	770, 822
Campbell v. Campbell.....	300 N.Y.S. 760 (1937).....	190
Canada (Attorney General) v. Mossop.....	[1993] 1 S.C.R. 554.....	494, 977
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada	[1991] 1 S.C.R. 614.....	596, 958

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Canada Labour Relations Board v. Halifax Longshoremen's Association.....	[1983] 1 S.C.R. 245.....	603
Canada Permanent Trust Co. v. King's Bridge Apartments Ltd.	(1984), 8 D.L.R. (4th) 152.....	207
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada	[1991] 1 R.C.S. 614.....	596, 958
Canada (Procureur général) c. Mossop	[1993] 1 R.C.S. 554.....	494, 977
Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley	[1974] S.C.R. 592.....	1013
Canadian Air Traffic Control Association v. The Queen.....	[1985] 2 F.C. 84	966
Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard	[1991] 3 S.C.R. 421.....	408, 437
Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General).....	[1991] 3 S.C.R. 459.....	408, 437
Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 662.....	520
Canadian Home Assurance Co. v. Cooper	(1986), 29 D.L.R. (4th) 419	9928
Canadian Indemnity Co. v. Andrews & George Co.	[1953] 1 S.C.R. 19.....	34
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission).....	[1987] 1 S.C.R. 1114.....	570, 611
Canadian Pacific Air Lines, Ltd. v. Williams	[1982] 1 F.C. 214	610
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.....	[1979] 2 S.C.R. 227.....	485, 595, 953
Candler v. Crane Christmas & Co.	[1951] 1 All E.R. 426.....	77
Cann v. Willson.....	(1888), 39 Ch. D. 39	78
Caparo Industries plc v. Dickman	[1990] 1 All E.R. 568.....	116
Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent.....	[1985] 2 R.C.S. 643.....	493
Cardinal v. Director of Kent Institution.....	[1985] 2 S.C.R. 643.....	493
Carman Construction Ltd. c. Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique.....	[1982] 1 R.C.S. 958.....	72, 105
Carman Construction Ltd. v. Canadian Pacific Railway Co.	[1982] 1 S.C.R. 958.....	72, 105
Castanho v. Brown & Root (U.K.) Ltd.	[1981] A.C. 557	909
Catre Industries Ltd. v. Alberta.....	(1989), 99 A.R. 321.....	52
Central Trust Co. v. Rafuse.....	[1986] 2 S.C.R. 147.....	26, 43, 113
Chapman v. Michaelson.....	[1909] 1 Ch. 238	189
Chapman v. Warren.....	[1936] O.R. 145.....	76
Chase Manhattan Bank N.A. v. Israel-British Bank (London) Ltd.	[1981] Ch. 105	1021
Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)....	[1992] 1 R.C.S. 711.....	1070
Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)....	[1992] 1 S.C.R. 711.....	1070
City of Hamilton v. Hamilton Distillery Co.....	(1907), 38 S.C.R. 239.....	687
City of Verdun v. Sun Oil Co.	[1952] 1 S.C.R. 222.....	688
Clark v. Kirby-Smith.....	[1964] 2 All E.R. 835.....	78
Clark v. Naqvi.....	(1989), 99 N.B.R. (2d) 271.....	56
Club Mediterranee NZ v. Wendell	[1989] 1 N.Z.L.R. 216.....	918
Cole v. Cunningham	133 U.S. 107 (1890).....	925
Colonial & Home Fuel Distributors Ltd. v. Skinners' Ltd.....	(1963), 39 D.L.R. (2d) 579.....	194
Colpitts v. The Queen.....	[1965] S.C.R. 739.....	704, 716
Columbia Builders Supplies Co. v. Bartlett.....	[1967] Que. Q.B. 111.....	1046
Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke.....	[1982] 1 R.C.S. 202.....	606

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.....	[1985] 2 R.C.S. 536.....	570, 611
Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.....	[1991] 3 S.C.R. 388.....	200
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne).....	[1987] 1 R.C.S. 1114.....	570, 611
Conseil canadien des relations du travail c. Association des débardeurs d'Halifax.....	[1983] 1 R.C.S. 245.....	603
Continental Bank of Canada v. Riedel International Inc.	(1991), 78 D.L.R. (4th) 232.....	521
Continental Casualty Co. v. Enco Associates, Inc.	238 N.W. 2d 198 (1976).....	273
Continental Casualty Co. v. Robert McLellan & Co.	[1973] 5 W.W.R. 475.....	276
Cotter v. General Petroleum Ltd.....	[1951] S.C.R. 154.....	24
Coulombe v. La Reine.....	[1976] C.A. 327.....	816
Crevier c. Procureur général du Québec.....	[1981] 2 R.C.S. 220.....	600, 961
Crevier v. Attorney General of Quebec.....	[1981] 2 S.C.R. 220.....	600, 961
Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail).....	[1991] 2 R.C.S. 5.....	599
Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board).....	[1991] 2 S.C.R. 5.....	599

D

Damon v. Secretary of Health, Education and Welfare	557 F.2d 31 (1977).....	1114
Danson c. Ontario (Procureur général)	[1990] 2 R.C.S. 1086.....	452
Danson v. Ontario (Attorney General).....	[1990] 2 S.C.R. 1086.....	452
Datile Financial Corp. v. Royal Trust Corp. of Canada	(1991), 5 O.R. (3d) 358.....	129
Davidson v. Worthing	(1986), 6 R.F.L. (3d) 113.....	999
Dampierre v. de Dampierre	[1987] 2 W.L.R. 1006	917
De Vall v. Gorman, Clancey & Grindley Ltd.	(1919), 58 S.C.R. 259.....	76
Deacon v. The King.....	[1947] S.C.R. 531	758, 806
Defrancesco v. Stivala.....	[1989] 1 L.R. ¶1-2524	273
Derry v. Peek.....	(1889), 14 App. Cas. 337.....	74
Descôteaux v. Mierzwinski.....	[1982] 1 S.C.R. 860.....	432
Di Carlo v. United States	6 F.2d 364 (1925).....	823
Dickason c. Université de l'Alberta	[1992] 2 R.C.S. 1103.....	606
Dickason v. University of Alberta	[1992] 2 S.C.R. 1103.....	606
Dixon v. British Columbia (Attorney General).....	(1986), 7 B.C.L.R. (2d) 174.....	352
Doherty v. Allen.....	(1988), 55 D.L.R. (4th) 746.....	131
Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.	(1976), 68 D.L.R. (3d) 385	34, 64
Domtar Inc. v. St-Germain.....	[1991] R.J.Q. 1271	1046
Donoghue v. Stevenson.....	[1932] A.C. 562.....	50
Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell	[1980] 1 S.C.R. 245.....	597
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College.....	[1990] 3 S.C.R. 570.....	599
Dow Chemical Co. v. Alfaro.....	786 S.W.2d 674 (1990).....	907
Dubois v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 350.....	762
Dyck v. Manitoba Snowmobile Association Inc.	[1985] 1 S.C.R. 589.....	27

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
E		
E. (Mrs.) v. Eve.....	[1986] 2 S.C.R. 388.....	315
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	336, 407
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General).....	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	336, 407
Edwards v. Mallan.....	[1908] 1 K.B. 1002.....	64
Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.....	[1924] A.C. 522.....	30, 64
Ert Stefanie, The.....	[1989] 1 Lloyd's Rep. 349.....	522
Esso Petroleum Co. v. Mardon.....	[1976] 2 All E.R. 5.....	59, 111
Everson v. Rich.....	(1988), 16 R.F.L. (3d) 337.....	1012
F		
Fagan v. Metropolitan Police Commissioner.....	[1968] 3 All E.R. 442.....	157
Fanjoy v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 233.....	717
Fee v. Turner.....	(1904), 13 Que. K.B. 435.....	1042
Fielding v. Thomas.....	[1896] A.C. 600.....	348, 382, 395
Fine's Flowers Ltd. v. General Accident Assurance Co.....	(1974), 5 O.R. (2d) 137.....	123
Finlay c. Canada (Ministre des Finances).....	[1986] 2 R.C.S. 607.....	1123
Finlay v. Canada (Minister of Finance).....	[1986] 2 S.C.R. 607.....	1123
Finlay and Director of Welfare (Winnipeg South/West), Re.....	(1976), 71 D.L.R. (3d) 597.....	1123
Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.....	(1989), 68 O.R. (2d) 193.....	56
Flieger c. Nouveau-Brunswick.....	(1991), 125 R.N.-B. (2 ^e) 228.....	973
Flieger v. New Brunswick.....	(1991), 125 N.B.R. (2d) 228.....	973
Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.....	[1991] 3 R.C.S. 388.....	200
Forbes v. Git.....	(1921), 62 S.C.R. 1.....	24
Ford c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 712.....	336, 851
Ford v. Quebec (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 712.....	336, 851
Foster Advertising Ltd. v. Keenberg.....	(1987), 38 C.C.L.T. 309.....	129
Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique.....	[1985] 2 R.C.S. 455.....	607, 961
Fraser v. Public Service Staff Relations Board.....	[1985] 2 S.C.R. 455.....	607, 961
Freden, The.....	(1950), 83 Ll. L. Rep. 427.....	533
G		
Garden City, The.....	[1982] 2 Lloyd's Rep. 382.....	521
Gardner v. Merker.....	(1918), 43 O.L.R. 411.....	77
Garnet Lane Developments Ltd. v. Webster.....	(1986), 43 R.P.R. 138.....	208
Gau Shan Co., Ltd. v. Bankers Trust Co.....	956 F.2d 1349 (1992).....	927
Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, Section locale 50057.....	[1990] 1 R.C.S. 1298.....	598
Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alli- ance of Canada, Local 50057.....	[1990] 1 S.C.R. 1298.....	598

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
General Auction Estate and Monetary Co. v. Smith.....	[1891] 3 Ch. 432	203
George v. Skivington	(1869), L.R. 5 Ex. 1	78
Gibbons v. State	286 S.E.2d 717 (1982)	826
Gilmour v. Trustee Co. of Winnipeg	[1923] 3 W.W.R. 177	77
Gloin c. Procureur général du Canada	[1978] 2 C.F. 307	966
Gloin v. Attorney General of Canada	[1978] 2 F.C. 307	966
Goguen v. Shannon	(1989), 50 C.C.C. (3d) 45	450
Gonthier v. Canada	(1986), 77 N.R. 386	972
Grand Champion Tankers Ltd. v. Norpipe A/S (The Marion)	[1984] 2 All E.R. 343	513
Grant v. Edwards	[1986] 2 All E.R. 426	992
Grant v. Norway	(1851), 20 L.J.C.P. 93	525
Grenier v. Timmins Board of Education	(1984), 26 A.C.W.S. (2d) 285	109
Groom v. Crocker	[1939] 1 K.B. 194	62
Guillemette v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 356	229
H		
H.B. Nickerson & Sons Ltd. v. Wooldridge	(1980), 115 D.L.R. (3d) 97	109
H. L. Bolton (Engineering) Co. v. T. J. Graham & Sons Ltd.	[1957] 1 Q.B. 159	518
Haig v. Bamford	[1977] 1 S.C.R. 466	109
Haig v. Canada	(1992), 9 O.R. (3d) 495	579, 644
Hall v. Brooklands Auto Racing Club	[1933] 1 K.B. 205	70
Harlow, The	[1922] P. 175	533
Hassard v. Peace River Co-operative Seed Growers Association Ltd.	[1954] 2 D.L.R. 50	24
Hayward v. Mellick	(1984), 45 O.R. (2d) 110	125
Heaven v. Pender	(1883), 11 Q.B.D. 503	78
Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.	[1964] A.C. 465	50, 100
Heilbut, Symons & Co. v. Buckleton	[1913] A.C. 30	75
Helicopteros Nacionales de Colombia v. Hall	466 U.S. 408 (1984)	938
Hendrick v. De Marsh	(1984), 45 O.R. (2d) 463	123
Herman v. Smith	(1984), 42 R.F.L. (2d) 154	102
Hills c. Canada (Procureur général)	[1988] 1 R.C.S. 513	612, 1035, 1114
Hills v. Canada (Attorney General)	[1988] 1 S.C.R. 513	612, 1035, 1114
Hodgins v. Hydro-Electric Commission of the Township of Nepean	[1976] 2 S.C.R. 501	108
Horvath v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 376	801
Houchins v. KQED, Inc.	438 U.S. 1 (1978)	410
Hougen v. Monnington	(1991), 37 R.F.L. (3d) 279	993
Howard Marine and Dredging Co. v. A. Ogden & Sons (Excava- tions) Ltd.	[1978] Q.B. 574	118
Howse v. Quinnell Motors Ltd.	[1952] 2 D.L.R. 425	76
Hoyt v. St. Paul Fire and Marine Insurance Co.	607 F.2d 864 (1979)	273
Hunt v. Carey Canada Inc.	[1990] 2 S.C.R. 959	906
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	402, 429, 619
Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 426	996, 1010
Hussey v. Palmer	[1972] 1 W.L.R. 1286	1019

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Hyette v. Pfenninger	Unreported/Inédit, B.C.S.C., December 19, 1991	993
I		
Ibrahim v. The King	[1914] A.C. 599	801
Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink	[1982] 2 S.C.R. 145	611
International Shoe Co. v. Washington	326 U.S. 310 (1945)	937
Introductions Ltd., In re	[1970] Ch. 199	202
ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.	[1986] 1 S.C.R. 752	70
J		
J. G. Link & Co. v. Continental Casualty Co.	470 F.2d 1133 (1972)	275
J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.	[1972] S.C.R. 769	64, 108
Janiak v. Ippolito	[1985] 1 S.C.R. 146	311
Jarvis v. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.	[1936] 1 K.B. 399	36, 62
Jay v. Topham	(1689), 14 East. 102 (note (a)), 104 E.R. 540	344
Jensen v. Snellings	841 F.2d 600 (1988)	273
Johanson v. The King	(1947), 3 C.R. 508	663
K		
K.R.M. Construction Ltd. v. British Columbia Railway Co.	(1981), 18 C.L.R. 159	47
Kennedy v. Anderson	(1919), 50 D.L.R. 105	77
Kerr v. Metropolitan Toronto (Department of Social Services, General Manager)	(1991), 4 O.R. (3d) 430	1114
Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario	(1992), 9 O.R. (3d) 641	798
Kielley v. Carson	(1842), 4 Moore 63, 13 E.R. 225	346, 381
Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)	[1991] 2 R.C.S. 779	1071
Kindler v. Canada (Minister of Justice)	[1991] 2 S.C.R. 779	1071
Kingu v. Walmar Ventures Ltd.	(1986), 38 C.C.L.T. 51	79, 112
Kinsman v. Kinsman	(1912), 3 O.W.N. 966	76
Knight v. Indian Head School Division No. 19	[1990] 1 S.C.R. 653	1077
Knightsbridge Estates Trust, Ltd. v. Byrne	[1938] 4 All E.R. 618	209
Kohli v. Moase	(1987), 86 N.B.R. (2d) 15	434
Kornberg v. Kornberg	(1990), 30 R.F.L. (3d) 238	929
Kourtessis v. M.N.R.	Unreported/Inédit/ S.C.C., April 22, 1993, No. 21645	422
Kshywieski v. Kunka	(1986), 50 R.F.L. (2d) 421	993, 1017
L		
Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 574	987, 1022

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Lady Gwendolen, The.....	[1965] 1 Lloyd's Rep. 335.....	512
Laker Airways v. Sabena, Belgian World Airlines.....	731 F.2d 909 (1984).....	913
Landers v. Woodworth.....	(1878), 2 S.C.R. 158.....	347, 382, 405
Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario.....	[1991] 2 R.C.S. 211.....	372
Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union.....	[1991] 2 S.C.R. 211.....	372
Law Society of Upper Canada v. Skapinker.....	[1984] 1 S.C.R. 357.....	613
Lawrence v. Lindsey.....	(1982), 28 R.F.L. (2d) 356.....	1019
Le Pas (Ville de) c. Porky Packers Ltd.	[1977] 1 R.C.S. 51.....	108
Leame v. Bray.....	(1803), 3 East 593, 102 E.R. 724.....	59
Legge v. Tucker.....	(1856), H. & N. 500, 156 E.R. 1298.....	63
Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.	[1915] A.C. 705.....	516
Lessard v. La Reine.....	[1965] Que. Q.B. 631.....	819
Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740.....	[1990] 3 R.C.S. 644.....	595, 960
Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740.....	[1990] 3 S.C.R. 644.....	595, 960
Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.	[1957] A.C. 555.....	34
London Dredging Co. v. Greater London Council (The Sir Joseph Rawlinson).....	[1972] 2 Lloyd's Rep. 437.....	536, 545
London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.	[1992] 3 S.C.R. 299.....	70
London Graving Dock Co. v. Horton.....	[1951] A.C. 737.....	621
M		
MacDonald c. Ville de Montréal.....	[1986] 1 R.C.S. 460.....	892
MacDonald v. City of Montreal.....	[1986] 1 S.C.R. 460.....	892
MacDonald and Law Society of Manitoba, Re.....	(1975), 54 D.L.R. (3d) 372.....	190
MacKay v. Manitoba.....	[1989] 2 S.C.R. 357.....	452
MacLean v. Attorney-General of Nova Scotia.....	(1987), 35 D.L.R. (4th) 306.....	353
Mahe v. Alberta.....	[1990] 1 S.C.R. 342.....	845
Mahoney v. The Queen.....	[1982] 1 S.C.R. 834.....	705, 719
Manitoba Language Rights, Re.....	[1985] 1 S.C.R. 721.....	441
Mann v. The Queen.....	[1966] S.C.R. 238.....	880
Marion, The.....	[1984] 2 All E.R. 343.....	513
McInroy v. The Queen.....	[1979] 1 S.C.R. 588.....	754
McKay v. The Queen.....	[1965] S.C.R. 798.....	689
McKinney c. Université de Guelph.....	[1990] 3 R.C.S. 229.....	357, 371, 401
McKinney v. University of Guelph.....	[1990] 3 S.C.R. 229.....	357, 371, 401
McNish & McNish v. American Home Assurance Co.	(1989), 39 C.C.L.I. 200.....	273
Meli v. The Queen.....	[1954] 1 W.L.R. 228.....	158
Merritt v. City of Toronto.....	(1895), 22 O.A.R. 205.....	689
Mesheau v. Campbell.....	(1982), 141 D.L.R. (3d) 155.....	1033, 1049

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796.....	[1970] S.C.R. 425.....	953
Meyers v. Walters Cycle Co.....	(1990), 85 Sask. R. 222.....	1049
Miller v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 680.....	613
Milliken v. Meyer.....	311 U.S. 457 (1940).....	937
Mills v. Mills.....	179 A. 5 (1935).....	190
Mills-Hughes v. Raynor.....	(1988), 47 D.L.R. (4th) 381.....	1049
Minister Administering the Environmental Planning and Assessment Act, 1979 v. San Sebastian Pty. Ltd.	[1983] 2 N.S.W.L.R. 268.....	130
Minister of National Revenue v. Kruger Inc.....	[1984] 2 F.C. 535.....	430
Minister of National Revenue v. Paroian.....	[1980] C.T.C. 131.....	439
Ministre du Revenu national c. Kruger Inc.....	[1984] 2 C.F. 535.....	430
Moge v. Moge.....	[1992] 3 S.C.R. 813.....	629, 993, 1015
Monarch Towing & Trading Co. v. British Columbia Cement Co.	[1957] S.C.R. 816.....	534, 545
Montfort c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	[1980] 1 C.F. 478.....	1078
Montfort v. Minister of Employment and Immigration.....	[1980] 1 F.C. 478.....	1078
Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.....	[1985] 1 S.C.R. 368.....	663, 685
Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.....	[1985] 1 R.C.S. 368.....	663, 686
Moody v. Cox.....	[1917] 2 Ch. 71.....	188
Morguard Investments Ltd. v. De Savoye.....	[1990] 3 S.C.R. 1077.....	913
Morris v. The Queen.....	[1983] 2 S.C.R. 190.....	730
Morris and Morris, Re.....	(1973), 42 D.L.R. (3d) 550.....	190
Morrison v. Kingston.....	(1937), 69 C.C.C. 251.....	693
Mt. Hawley Insurance Co. v. Federal Savings & Loan Insurance Corp.....	695 F.Supp. 469 (1982).....	273
Mudarth c. Canada (Ministre des Travaux publics).....	[1989] 3 C.F. 371.....	972
Mudarth v. Canada (Minister of Public Works).....	[1989] 3 F.C. 371.....	972
Murdoch v. Murdoch.....	[1975] 1 S.C.R. 423.....	1009/1009
Murray v. Roty.....	(1983), 41 O.R. (2d) 705.....	1018
Mutual Life and Citizens' Assurance Co. v. Evatt.....	[1971] A.C. 793.....	117
Myers v. Director of Public Prosecutions.....	[1965] A.C. 1001.....	775

N

Nadeau v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 570.....	219, 225
National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union....	[1984] 1 S.C.R. 269.....	595
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations).....	[1990] 2 R.C.S. 1324.....	486, 596, 959
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal).....	[1990] 2 S.C.R. 1324.....	486, 596, 959
National Mutual Holdings Pty. Ltd. v. Sentry Corp.....	(1989), 87 A.L.R. 539.....	927
Nelson Lumber Co. v. Koch.....	(1980), 13 C.C.L.T. 201.....	118
New Brunswick Telephone Co. v. John Maryon International Ltd.	(1982), 43 N.B.R. (2d) 469.....	66
New Finance and Mortgage Co., In re.....	[1975] Ch. 420.....	202
Nima v. McInnes.....	(1988), 45 C.C.C. (3d) 419.....	450
Nocton v. Lord Ashburton.....	[1914] A.C. 932.....	75
Norman, The.....	[1960] 1 Lloyd's Rep. 1.....	513
Northern Fishing Co. (Hull), Ltd. v. Eddom (The Norman).....	[1960] 1 Lloyd's Rep. 1.....	513

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
O		
Omychund v. Barker.....	(1744), 1 Atk. 21, 26 E.R. 15.....	788
Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke	[1982] 1 S.C.R. 202.....	606
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536.....	570, 611
Operation Dismantle Inc. v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 441.....	372, 395
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor).....	[1991] 2 R.C.S. 69.....	454
Osborne v. Canada (Treasury Board).....	[1991] 2 S.C.R. 69.....	454
Owners of the M.S. Pacific Express v. The Tug Salvage Princess	[1949] Ex. C.R. 230	533, 545
Paramore v. State	229 So.2d 855 (1969).....	767
Pas (The Town of) v. Porky Packers Ltd.	[1977] 1 S.C.R. 51.....	108
Patent File Company, In re.....	(1870), L.R. 6 Ch. 83.....	203
Paterson Steamships, Ltd. v. Robin Hood Mills, Ltd. (The Thordoc)	(1937), 58 Ll. L. Rep. 33.....	517
Paul v. Paul	(1921), 50 O.L.R. 211	207
Payson v. Hubert.....	(1904), 34 S.C.R. 400.....	364, 386
Peacock v. Roberts.....	(1985), 15 C.C.L.I. 36.....	273
Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba	[1991] 2 R.C.S. 869.....	1077
Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee	[1991] 2 S.C.R. 869.....	1077
Peda v. The Queen.....	[1969] S.C.R. 905.....	880
Peel (Municipalité régionale) c. Canada	[1992] 3 R.C.S. 762.....	990
Peel (Regional Municipality) v. Canada	[1992] 3 S.C.R. 762.....	990
Pennoyer v. Neff	95 U.S. 714 (1877).....	937
Peters v. Parkway Mercury Sales Ltd.....	(1975), 10 N.B.R. (2d) 703.....	71
Pettit v. Prince George & District Credit Union.....	(1991), 35 C.C.E.L. 140.....	109
Pettkus v. Becker.....	[1980] 2 S.C.R. 834.....	987, 1009
Phoenix Insurance Co. v. Sukut Construction Co.	186 Cal.Rptr. 513 (1982)	273
Piché v. The Queen.....	[1971] S.C.R. 23	802
Pioneer Concrete (Vic.) Pty Ltd. v. Trade Practices Commission...	(1982), 152 C.L.R. 460	928
Piper Aircraft Co. v. Reyno.....	454 U.S. 235 (1981).....	918
Pittman v. Manufacturers Life Insurance Co.....	(1990), 76 D.L.R. (4th) 320	56
Prentice v. Lang	(1987), 10 R.F.L. (3d) 364.....	993
Print Three Inc. and The Queen, Re.....	(1985), 20 C.C.C. (3d) 392.....	433
Prosko v. The King.....	(1922), 63 S.C.R. 226.....	801
Q		
Queen v. Cognos Inc.....	[1993] 1 S.C.R. 87.....	73
Queen (The) v. Lavoie.....	[1978] 1 F.C. 778	966
R		
R. v. Askov.....	[1990] 2 S.C.R. 1199.....	1135
R. v. B. (C.R.).....	[1990] 1 S.C.R. 717.....	733
R. v. Barnes.....	[1991] 1 S.C.R. 449.....	228
R. v. Beare.....	[1988] 2 S.C.R. 387.....	1077
R. v. Beaudoin.....	(1973), 12 C.C.C. (2d) 81	881

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Béland.....	[1987] 2 S.C.R. 398.....	729
R. v. Bernard.....	[1988] 2 S.C.R. 833.....	778
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	358
R. v. Biron.....	[1976] 2 S.C.R. 56.....	671
R. v. Boisjoly.....	[1972] S.C.R. 42.....	815
R. v. Broyles.....	[1991] 3 S.C.R. 595.....	736, 785
R. v. Burke.....	(1988), 71 Nfld. & P.E.I.R. 217.....	7
R. v. Burnett.....	[1985] 2 C.T.C. 227.....	451
R. v. Challice.....	(1979), 45 C.C.C. (2d) 546.....	242
R. v. Chaulk.....	[1990] 3 S.C.R. 1303.....	777
R. v. Clarke.....	(1981), 63 C.C.C. (2d) 224.....	729
R. v. Collins.....	[1987] 1 S.C.R. 265.....	618, 785
R. v. Corbett.....	[1988] 1 S.C.R. 670.....	712, 761
R. v. D. (L.E.).....	[1989] 2 S.C.R. 111.....	708, 734
R. v. Debot.....	[1989] 2 S.C.R. 1140.....	447
R. v. Demeter.....	(1975), 25 C.C.C. (2d) 417.....	246, 712
R. v. Droste.....	(1979), 49 C.C.C. (2d) 52.....	156
R. v. Duarte.....	[1990] 1 S.C.R. 30.....	613
R. v. Duckworth.....	(1916), 26 C.C.C. 314.....	756
R. v. Edwards.....	(1986), 47 Sask. R. 303.....	819
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	452
R. v. Feger.....	(1989), 36 Q.A.C. 26.....	819
R. v. Gauthier.....	[1977] 1 S.C.R. 441.....	245
R. v. Généreux.....	[1992] 1 S.C.R. 259.....	1076
R. v. Gravelle.....	(1952), 103 C.C.C. 250.....	819
R. v. Greenbaum.....	[1993] 1 S.C.R. 674.....	670
R. v. Guenot, Kocsis and Lukacs.....	(1979), 51 C.C.C. (2d) 315.....	714
R. v. Howard.....	(1972), 7 C.C.C. (2d) 211.....	819
R. v. J.(J.).....	(1988), 65 C.R. (3d) 371.....	819
R. v. Jacoy.....	[1988] 2 S.C.R. 548.....	1070
R. v. Jarman.....	(1972), 10 C.C.C. (2d) 426.....	10
R. v. Jones.....	[1986] 2 S.C.R. 284.....	1076
R. v. Keegstra.....	[1990] 3 S.C.R. 697.....	615
R. v. Khan.....	[1990] 2 S.C.R. 531.....	764, 806
R. v. Korzepa.....	(1991), 64 C.C.C. (3d) 489.....	164
R. v. Krannenburg.....	[1980] 1 S.C.R. 1053.....	621
R. v. Kuldip.....	[1990] 3 S.C.R. 618.....	761
R. v. Kwok.....	(1986), 31 C.C.C. (3d) 196.....	1067
R. v. Kyselka.....	(1962), 133 C.C.C. 103.....	729
R. v. L.S.L.....	(1991), 89 Sask. R. 267.....	819
R. v. Lindstrom.....	(1977), 33 N.S.R. (2d) 369.....	819
R. v. Lowe.....	(1974), 21 C.C.C. (2d) 193.....	881
R. v. Lyons.....	[1987] 2 S.C.R. 309.....	1076
R. v. M. (S.H.).....	[1989] 2 S.C.R. 446.....	609
R. v. MacGillivray.....	(1971), 3 Nfld. & P.E.I.R. 227.....	819
R. v. Mack.....	[1988] 2 S.C.R. 903.....	828

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. MacKinlay	(1986), 28 C.C.C. (3d) 306	164
R. v. Mailloux	[1988] 2 S.C.R. 1029	1111
R. v. Mannion	[1986] 2 S.C.R. 272	761
R. v. Martin	(1969), 12 Crim. L.Q. 201	819
R. v. Martineau	[1990] 2 S.C.R. 633	156
R. v. Mason	(1990), 60 C.C.C. (3d) 338	878
R. v. McKinlay Transport Ltd.	[1990] 1 S.C.R. 627	431
R. v. Mercure	[1988] 1 S.C.R. 234	396
R. v. Minhas	(1986), 29 C.C.C. (3d) 193	225
R. v. Moore	[1988] 1 S.C.R. 1097	8
R. v. Moran	(1987), 36 C.C.C. (3d) 225	819
R. v. Morin	[1988] 2 S.C.R. 345	216, 225
R. v. Morin	[1992] 1 S.C.R. 771	1135
R. v. Mueller	(1975), 29 C.C.C. (2d) 243	881
R. v. Nygaard	[1989] 2 S.C.R. 1074	153, 719
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	828
R. v. Pearson	[1992] 3 S.C.R. 665	1076
R. v. Pickett	(1975), 28 C.C.C. (2d) 297	829
R. v. Potvin	[1989] 1 S.C.R. 525	778
R. v. Proudlock	[1979] 1 S.C.R. 525	220
R. v. Rao	(1984), 12 C.C.C. (3d) 97	447
R. v. Rodenbush	(1985), 21 C.C.C. (3d) 423	1067
R. v. S. (P.L.)	[1991] 1 S.C.R. 909	705, 736
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654	776
R. v. Sevicik	(1930), 54 C.C.C. 92	819
R. v. Sharma	[1993] 1 S.C.R. 650	679
R. v. Sharp	(1984), 12 C.C.C. (3d) 428	881
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495	430, 1063
R. v. Smith	[1992] 2 S.C.R. 915	761, 806
R. v. Snider	(1953), 17 C.R. 136	819
R. v. Stapleton	(1982), 66 C.C.C. (2d) 231	819
R. v. Stensrud	[1989] 2 S.C.R. 1115	1135
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	761
R. v. Sullivan	[1991] 1 S.C.R. 489	1111
R. v. Thatcher	[1987] 1 S.C.R. 652	243
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613	1063
R. v. Thompson	[1990] 2 S.C.R. 1111	439
R. v. Turpin	[1989] 1 S.C.R. 1296	618
R. v. Tutton	[1989] 1 S.C.R. 1392	875, 876, 883
R. v. Vaillancourt	[1987] 2 S.C.R. 636	156, 882
R. v. Varga	(1979), 51 C.C.C. (2d) 558	663, 685
R. v. Vasil	[1981] 1 S.C.R. 469	1111
R. v. Verma	(1980), 28 A.R. 233	819
R. v. Waite	[1989] 1 S.C.R. 1436	876, 883
R. v. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 S.C.R. 154	444, 882
R. v. Williams	(1985), 50 O.R. (2d) 321	781

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Yebeş	[1987] 2 S.C.R. 168.....	705
Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.	[1991] 3 S.C.R. 3.....	40, 68, 109
Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada	[1991] 3 R.C.S. 3.....	40, 68, 109
Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.	(1988), 30 B.C.L.R. (2d) 273.....	50
Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.	(1990), 43 B.C.L.R. (2d) 1.....	50
Ran, The; Graygarth, The.....	[1922] P. 80.....	533, 545
Rawluk v. Rawluk.....	[1990] 1 S.C.R. 70.....	994
Reference re Anti-Inflation Act.....	[1976] 2 S.C.R. 373.....	619
Reference re B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	614, 882, 1075
Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)	[1987] 1 S.C.R. 1148.....	337, 373, 404, 852
Reference re Goods and Services Tax	[1992] 2 S.C.R. 445.....	848
Reference re Manitoba Language Rights.....	[1985] 1 S.C.R. 721.....	441
Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.).....	[1991] 2 S.C.R. 158.....	390, 404
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	[1987] 1 S.C.R. 313.....	358
Reference re Resolution to Amend the Constitution.....	[1981] 1 S.C.R. 753.....	374
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123.....	1075
Reference re Truscott.....	[1967] S.C.R. 309.....	788
Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act.....	[1994] 1 S.C.R. 297.....	1111
Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.).....	[1989] 2 S.C.R. 335.....	463, 1142
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.).....	[1990] 1 R.C.S. 1123.....	1075
Renvoi relatif à la délimitation de circonscriptions électorales provinciales (Sask.).....	[1991] 2 R.C.S. 158.....	390, 404
Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle.....	[1981] 1 R.C.S. 714.....	1111
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313.....	358
Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services	[1992] 2 R.C.S. 445.....	848
Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act... ..	[1984] 1 R.C.S. 297.....	1111
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.).....	[1987] 1 R.C.S. 1148.....	337, 373, 404, 852
Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721.....	441
Renvoi: Loi anti-inflation.....	[1976] 2 R.C.S. 373.....	619
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	614, 882, 1075
Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution	[1981] 1 R.C.S. 753.....	374
Renvoi: Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.).....	[1989] 2 R.C.S. 335.....	463, 1142
Residential Tenancies Act, Re	[1981] 1 S.C.R. 714.....	1111
Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia	448 U.S. 555 (1980).....	410
Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works.....	[1974] S.C.R. 1189.....	108
Robertson v. Owners of the Ship Maple Prince.....	[1955] Ex. C.R. 225	530
Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106.....	[1982] 2 R.C.S. 888.....	481
Roberval Express Ltée v. Transport Drivers, Warehousemen and General Workers Union, Local 106.....	[1982] 2 S.C.R. 888.....	481
Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor).....	[1987] 2 R.C.S. 84.....	570, 612
Robichaud v. Canada (Treasury Board).....	[1987] 2 S.C.R. 84.....	570, 612
Rockware Glass Ltd. v. MacShannon	[1978] 2 W.L.R. 362	916

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Rothman v. The Queen.....	[1981] 1 S.C.R. 640.....	802
Rowan Companies, Inc. v. DiPersio	(1990), 69 D.L.R. (4th) 224.....	928
Roy v. B.N.P.P. Regional Police Commission	(1986), 15 C.C.E.L. 167.....	109
Royal Trust Co. v. Minister of National Revenue	[1957] C.T.C. 32.....	621
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 573.....	356, 371, 400, 612
 S 		
Safeco Title Insurance Co. v. Gannon	774 P.2d 30 (1989).....	273
Salomon v. Salomon & Co.....	[1897] A.C. 22.....	619
San Pedro Properties, Inc. v. Sayre & Toso, Inc.....	21 Cal.Rptr. 844 (1962).....	273
Sansregret v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 570.....	155
Sara v. Sara	(1962), 36 D.L.R. (2d) 499.....	190
Schaap c. Forces armées canadiennes.....	[1989] 3 C.F. 172.....	630
Schaap v. Canadian Armed Forces	[1989] 3 F.C. 172.....	630
Schachter v. Canada.....	[1992] 2 S.C.R. 679.....	454, 579
Scholte v. Richardson	[1951] O.R. 58.....	77
Schwartz v. Scott.....	[1985] C.A. 713.....	1033
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.....	[1986] 2 R.C.S. 573.....	356, 371, 400, 612
Selye v. Quebec.....	[1982] R.D.F.Q. 173.....	439
Service Employees' International Union, Local 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association.....	[1975] 1 S.C.R. 382.....	494
Shaddock & Associates Pty. Ltd. v. Parramatta City Council	(1981), 150 C.L.R. 225.....	118
Sigma Delta Chi v. Speaker, Maryland House of Delegates.....	310 A.2d 156 (1973).....	410
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	[1985] 1 R.C.S. 177.....	1064
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177.....	1064
Sir Joseph Rawlinson, The	[1972] 2 Lloyd's Rep. 437.....	536, 545
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.....	453, 612
SNI Aérospatiale v. Lee Kui Jak	[1987] 3 All E.R. 510.....	909
Société anonyme des minerais v. Grant Trading Inc. (The Ert Stefanie).....	[1989] 1 Lloyd's Rep. 349.....	522
Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education	[1986] 1 S.C.R. 549.....	851
Société Radio-Canada c. Lessard	[1991] 3 R.C.S. 421.....	408, 421
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)	[1991] 3 R.C.S. 459.....	408, 437
Sodd Corporation Inc. v. Tessis	(1977), 17 O.R. (2d) 158.....	111
Solvent Petroleum Extraction Inc. c. Canada (M.R.N.).....	[1990] 1 C.F. 20.....	429
Solvent Petroleum Extraction Inc. v. Canada (M.N.R.).....	[1990] 1 F.C. 20.....	429
Sorochan v. Sorochan	[1986] 2 S.C.R. 38.....	990, 1006
South Carolina Insurance Co. v. Assurantie Maatschappij "De Zeven Provinciën" N.V.	[1987] A.C. 24.....	924
Southam Inc. c. Canada (Procureur général).....	[1990] 3 C.F. 465.....	359
Southam Inc. v. Canada (Attorney General)	[1990] 3 F.C. 465.....	359
Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.....	[1987] A.C. 460.....	915
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219.....	[1986] 1 R.C.S. 704.....	479

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219	[1986] 1 S.C.R. 704.....	479
St. Paul Fire and Marine Insurance Co. v. Guardian Insurance Co. of Canada	(1983), 2 C.C.L.I. 275	273
St. Pierre v. South American Stores (Gath & Chaves), Ltd.	[1936] 1 K.B. 382.....	920
State v. Saporen.....	285 N.W. 898 (1939)	769
Steer v. Aerovox Inc.	(1984), 65 N.S.R. (2d) 91	109
Stein c. Le navire «Kathy K».....	[1976] 2 R.C.S. 802.....	516, 545
Stein v. The Ship "Kathy K"	[1976] 2 S.C.R. 802.....	516, 545
Stevenson v. & Erie General Insurance Co.....	[1981] I.L.R. ¶11-1434	273
Stockdale v. Hansard.....	(1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112.....	343, 382
Stoffman v. Vancouver General Hospital.....	[1990] 3 S.C.R. 483.....	357
STT c. British Columbia Telephone Co.....	[1988] 2 R.C.S. 564.....	596
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 227.....	485, 595, 953
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)	[1989] 2 S.C.R. 879.....	1077
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail	[1984] 2 R.C.S. 412.....	596, 955
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board	[1984] 2 S.C.R. 412.....	595, 955
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1989] 2 R.C.S. 879.....	1077
Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon v. CEGEP de Lévis-Lauzon	[1985] 1 S.C.R. 596.....	596
T		
Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass	[1972] A.C. 153.....	516
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration).....	[1991] 2 R.C.S. 22.....	599
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)	[1991] 2 S.C.R. 22.....	599
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce).....	[1990] 1 R.C.S. 425.....	444, 612, 1075
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425.....	444, 612, 1076
Thordoc, The	(1937), 58 Ll. L. Rep. 33.....	517
Thornton v. School District No. 57 (Prince George).....	[1978] 2 S.C.R. 267.....	13
Thurston v. Streilen.....	(1950), 59 Man. R. 55.....	77
Tito v. Waddell (No. 2).....	[1977] Ch. 106.....	190
Toronto Newspaper Guild, Local 87 v. Globe Printing Co.	[1953] 2 S.C.R. 18.....	486
Transport Guilbault Inc. v. Scott.....	Unreported/Inédit, F.C.A., No. A-618-85, May 21, 1986.....	973

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Tremblay v. Daigle.....	[1989] 2 S.C.R. 530.....	613
Turcot v. Conso Graber Inc.	[1990] R.D.J. 166	1033
Turner v. Stallibrass	[1898] 1 Q.B. 56.....	64
TWU v. British Columbia Telephone Co.	[1988] 2 S.C.R. 564.....	596
 U		
U.E.S., local 298 v. Bibeault.....	[1988] 2 S.C.R. 1048.....	485, 596, 956, 977
Union internationale des employés des services, local 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association.....	[1975] 1 R.C.S. 382.....	494
University of Regina v. Pettick	(1991), 90 Sask. R. 241.....	56
Unterweser Reederei, GmbH v. M/S Bremen	428 F.2d 888 (1970).....	926
Upper Churchill Water Rights Reversion Act, Re.....	[1984] 1 S.C.R. 297.....	1111
 V		
V.K. Mason Construction Ltd. v. Bank of Nova Scotia.....	[1985] 1 S.C.R. 271.....	69, 108
V.K. Mason Construction Ltd. c. Banque de Nouvelle-Écosse.....	[1985] 1 R.C.S. 271.....	69, 109
 V		
Valley Vu Realty (Ottawa) Ltd. and Victoria & Grey Trust Co., Re	(1984), 44 O.R. (2d) 526.....	194
Vézeau v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 277.....	246, 711, 832
Volpi and Lanzino and The Queen, Re.....	(1987), 34 C.C.C. (3d) 1	10
Voth v. Manildra Flour Mills Pty Ltd.....	(1990), 65 A.L.J.R. 83.....	917
 W		
W. B. Anderson & Sons, Ltd. v. Rhodes (Liverpool), Ltd.	[1967] 2 All E.R. 850.....	123
Waldick v. Malcolm	[1991] 2 S.C.R. 456.....	621
Watkins v. Olafson.....	[1989] 2 S.C.R. 750.....	776
Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg.....	[1971] S.C.R. 957.....	108
White v. Central Trust Co.	(1984), 54 N.B.R. (2d) 293.....	987
Wiens v. The Queen.....	(1973), 24 C.R.N.S. 341.....	451
Wigle v. Allstate Insurance Co. of Canada	(1984), 49 O.R. (2d) 101.....	271
Wildman v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 311.....	704
Williams v. School District No. 63 (Saanich).....	(1986), 11 C.C.E.L. 233.....	109
Williamson v. Allison	(1802), 2 East. 446, 102 E.R. 432.....	63
Williamson & Vollmer Engineering, Inc. v. Sequoia Insurance Co.	134 Cal.Rptr. 427 (1976)	273
Wishing Star Fishing Co. c. Le B.C. Baron.....	[1988] 2 C.F. 325	514
Wishing Star Fishing Co. v. The B.C. Baron.....	[1988] 2 F.C. 325	514
Wright v. Beckett	(1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143....	756

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Y		
Young v. The Queen	[1981] 2 S.C.R. 39.....	711
Z		
Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)	[1992] 2 R.C.S. 321.....	578, 598
Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)	[1992] 2 S.C.R. 321.....	578, 598

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A			
Alberta Rules of Court		s. 10(b).....	554
r. 505(3).....	167	City of Toronto By-law 618-80.....	650
Automobile Accident Insurance Act, R.S.S. 1978,		Civil Code of Lower Canada	
c. A-35.....	306	art. 1203.....	282
C			
Canada Assistance Plan, R.S.C., 1985, c. C-1		Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C.,	
s. 4.....	1080	1985, c. C-36	
s. 6.....	1080	s. 15.....	890
s. 6(2)(a).....	1080	Constitution Act, 1867, preamble	
s. 6(2)(b).....	1080	s. 88.....	319
Canada Business Corporations Act, R.S.C., 1985,		Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34	
c. C-44		s. 212(a)(i).....	146
s. 119(1).....	1027	s. 212(a)(ii).....	146
Canada Business Corporations Act, S.C. 1974-75-		s. 233(1).....	867
76, c. 33		s. 233(4).....	867
s. 114.....	1027	s. 245.1.....	146
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5		s. 245.3.....	146
s. 9.....	740	s. 246.2.....	146
Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9		Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46	
s. 647(2).....	497	s. 129.....	650
s. 649.....	497	s. 581(3).....	3
Canadian Charter of Rights and Freedoms		s. 601.....	3
s. 2(b).....	319	s. 686(1)(a)(iii).....	456
s. 7.....	867, 893, 1053	s. 686(1)(b)(iii).....	469, 697
s. 8.....	416	s. 691(1)(a).....	460
s. 10(b).....	1053	s. 693.....	212
s. 15.....	839	F	
s. 23.....	839	Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7	
s. 32(1).....	319	s. 28.....	554
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6		I	
s. 3(1).....	554	Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2	
		s. 30(1).....	1053
		Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63	

	PAGE		PAGE
art. 18(1)(i).....	895	Municipality of Metropolitan Toronto By-law	
art. 121.....	416	211-74	650, 674
art. 231.3(1).....	416		
art. 231.3(2).....	416		
art. 231.3(3).....	416	N	
art. 231.3(4).....	416	National Housing Act, 1954, S.C. 1953-54, c. 23	167
art. 231.3(5).....	416		
art. 231.3(6).....	416		
art. 231.3(7).....	416	P	
art. 231.3(8).....	416		
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21		Public Schools Act, R.S.M. 1987, c. P250	
s. 11.....	416	s. 79(3).....	839
		s. 79(4).....	839
		s. 79(7).....	839
L		Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985,	
Labour Code, R.S.Q., c. C-27		c. P-35	
s. 100.2.....	471	s. 99.....	941
M		R	
Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45		Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/	
s. 102.....	674	83-74	
s. 210, para. 73.....	674	r. 18.....	1138
s. 210, para. 140.....	674		
s. 310.....	650		
s. 314(1), para. 1.....	674	S	
Municipality of Metropolitan Toronto By-law		Social Allowances Act, R.S.M. 1987, c. S160	
97-80.....	650	s. 20(3).....	1080

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
A		art. 100.2.....	471
Alberta Rules of Court			
art. 505(3).....	167		
Automobile Accident Insurance Act, R.S.S. 1978, ch. A-35.....	306		
C			
Charte canadienne des droits et libertés			
art. 2b).....	319		
art. 7.....	867, 893, 1053		
art. 8.....	416		
art. 10b).....	1053		
art. 15.....	839		
art. 23.....	839		
art. 32(1).....	319		
Code civil du Bas-Canada			
art. 1203.....	282		
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46			
art. 129.....	650		
art. 581(3).....	3		
art. 601.....	3		
art. 693.....	212		
art. 686(1)a)(iii).....	456		
art. 686(1)b)(iii).....	469, 697		
art. 691(1)a).....	460		
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34			
art. 212a)(i).....	146		
art. 212a)(ii).....	146		
art. 233(1).....	867		
art. 233(4).....	867		
art. 245.1.....	146		
art. 245.3.....	146		
art. 246.2.....	146		
Code du travail, L.R.Q., ch. C-27			
		L	
		Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6	
		art. 3(1).....	554
		art. 10b).....	554
		Loi constitutionnelle de 1867, préambule	
		art. 88.....	319
		Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21	
		art. 11.....	416
		Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63	
		art. 18(1)l)(i).....	895
		art. 121.....	416
		art. 231.3(1).....	416
		art. 231.3(2).....	416
		art. 231.3(3).....	416
		art. 231.3(4).....	416
		art. 231.3(5).....	416
		art. 231.3(6).....	416
		art. 231.3(7).....	416
		art. 231.3(8).....	416
		Loi nationale de 1954 sur l'habitation, S.C. 1953- 54, ch. 23	
		art. 16(3)k).....	167
		Loi sur l'aide sociale, L.R.M. 1987, ch. S160	
		art. 20(3).....	1080
		Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2	
		art. 30(1).....	1053
		Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7	
		art. 28.....	554
		Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, ch. S-9	
		art. 647(2).....	497

	PAGE		PAGE
art. 649.....	497	art. 114.....	1027
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5		Loi sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44	
art. 9.....	740	art. 119(1).....	1027
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. (1985), ch. C-36			
art. 15.....	890		
Loi sur les écoles publiques, L.R.M. 1987, ch. P250			
art. 79(3).....	839		
art. 79(4).....	839		
art. 79(7).....	839		
Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45			
art. 102.....	674		
art. 210, disp. 73.....	674		
art. 210, disp. 140.....	674		
art. 310.....	650		
art. 314(1), disp. 1.....	674		
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35			
art. 99.....	941		
Loi sur les sociétés commerciales canadiennes, S.C. 1974-75-76, ch. 33			

R

Régime d'assistance publique du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-1	
art. 4.....	1080
art. 6.....	1080
art. 6(2)a).....	1080
art. 6(2)b).....	1080
Règlement 97-80 de la municipalité de la communauté urbaine de Toronto.....	650
Règlement 211-74 de la municipalité de la communauté urbaine de Toronto.....	650, 674
Règlement 618-80 de la ville de Toronto.....	650
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74	
art. 18.....	1138

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Audet, Georges, Robert Bonhomme et Clément Gascon. <i>Le congédiement en droit québécois en matière de contrat individuel de travail</i> , 3 ^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1991 (feuilles mobiles).....	1046
Baker, J. H. <i>An Introduction to English Legal History</i> . London: Butterworths, 1979	59
Bartlett, Katharine T. "Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family Has Failed" (1984), 70 <i>Va. L. Rev.</i> 879	627
Baudouin, Jean-Louis. <i>Les obligations</i> , 3 ^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1989.....	292
Baudry-Lacantinerie, Gabriel. <i>Traité théorique et pratique de droit civil</i> , t. 3, 3 ^e éd. Avec la collaboration de L. Barde. Paris: Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey, 1908	299
Beaulieu, Marie-Louis. "De la responsabilité des directeurs de compagnies pour le salaire des employés" (1930-31), 9 <i>R. du D.</i> 218 et 483	1042
Bergeron, Jean-Guy. <i>Les contrats d'assurance</i> . Sherbrooke: SEM Inc., 1989	292
Bergeron, Jean-Guy. "Les problèmes de preuve en droit des assurances" (1992), 22 <i>R.D.U.S.</i> 411	295
Black, Vaughan. "The Standard for Issuing Antisuit Injunctions in Canada" (1991), 44 <i>C.P.C. (2d)</i> 30	938
<i>Black's Law Dictionary</i> , 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "goods, wares, and merchandise"	690
Blom, Joost. "Remedies in Tort and Contract: Where is the Difference?". In Jeffrey Berryman, ed., <i>Remedies: Issues and Perspectives</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1991, 395	40
Bohémier, Albert, et Anne-Marie Poliquin. "Réflexion sur la protection des salariés dans le cadre de la faillite ou de l'insolvabilité" (1988), 48 <i>R. du B.</i> 75	1041
Breton, Réjean. "L'indemnité de congédiement en droit commun" (1990), 31 <i>C. de. D.</i> 3	1047
Brown, Craig, and Julio Menezes. <i>Insurance Law in Canada</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991	269
Bryden, Philip L. "Case Comment: <i>United Association of Journeymen and Apprentices of the Pipefitting Industry v. W.W. Lester (1978) Ltd.</i> " (1992), 71 <i>Can. Bar Rev.</i> 580.....	602
Burns, Peter. "An Aspect of Criminal Negligence or How the Minotaur Survived Theseus Who Became Lost in the Labyrinth" (1970), 48 <i>R. du B. can.</i> 47.....	880
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques</i> , fascicules nos 114 (20 décembre 1982) et 115 (21 décembre 1982).....	620
Canada. Commission de réforme du droit du Canada. <i>Rapport sur la preuve</i> . Ottawa: La Commission, 1975	764

Canada. Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. <i>Report of the Federal/Provincial Task Force on the Uniform Rules of Evidence</i> . Toronto: Carswell, 1982.....	764
Canada. Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. <i>Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve</i> . Cowansville: Yvon Blais, 1983	764
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs</i> , Issues Nos. 114 (December 20, 1982) and 115 (December 21, 1982)	620
Canada. Law Reform Commission. <i>Report on Evidence</i> . Ottawa: The Commission, 1975	764
Canada. Ministère des Transports. Direction de la sécurité routière et de la réglementation automobile. <i>Statistiques préliminaires de la mortalité sur les routes</i> . Feuillet CL 9211 (f). Ottawa: mai 1992.....	886
Canada. Statistics Canada. Housing, Family and Social Statistics Division, Target Groups Project. <i>Women in Canada: A Statistical Report</i> , 2nd ed. Ottawa: Statistics Canada, 1990	628
Canada. Statistique Canada. Division de la statistique sociale, du logement et des famille, Projet des groupes cibles. <i>Portrait statistique des femmes au Canada</i> , 2 ^e éd. Ottawa: Statistique Canada, 1990.....	628
Canada. Transport Canada. Road Safety and Motor Vehicle Regulation Directorate. <i>Preliminary Fatality Statistics</i> . Leaflet CL 9211 (e). Ottawa: May 1992.....	885
Chabot, Marc. <i>La protection des salaires en cas de faillite ou d'insolvabilité</i> . Montréal: Thémis, 1985	1044
Cheshire, Geoffrey Chevalier. <i>Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract</i> , 12th ed. By M. P. Furmston. London: Butterworths, 1991.....	196
Chesler, Phyllis. <i>Mothers on Trial: The Battle for Children and Custody</i> . New York: McGraw-Hill Book, 1986	628
<i>Chitty on Contracts</i> , vol. I, 26th ed. By A. G. Guest. London: Sweet & Maxwell, 1989.....	24
Comments, "Homosexuals' Right to Marry: A Constitutional Test and a Legislative Solution" (1979), 128 <i>U. Pa. L. Rev.</i> 193.....	630
<i>Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 8th ed. Oxford: Oxford University Press, 1990, "status"	616
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 2 ^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.....	617, 1040
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991	617, 1040
D'Silva, Alan L. W. "Giving Effect to Human Rights Legislation – A Purposive Approach" (1991), 3 <i>Wind-sor Rev. L. & S. Issues</i> 45.....	612
Davis, Thomas R. M. "The New IBC Standard Form Commercial General (Claims-Made) Liability Policy" (1987), 5 <i>Can. J. Ins. L.</i> 77.....	266
Dawson, R. MacGregor. <i>The Government of Canada</i> , 5th ed. Revised by Norman Ward. Toronto: University of Toronto Press, 1970.....	377
Delisle, Ronald Joseph. "Cross-examination of Own Witness on Previous Inconsistent Statement — s. 9(2) Canada Evidence Act" (1978-79), 21 <i>Crim. L.Q.</i> 162.....	761
Delisle, Ronald Joseph. <i>Evidence: Principles and Problems</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.....	763
Demolombe, Charles. <i>Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général</i> , t. 6. Paris: Imprimerie générale, 1879.....	298
Diamond, Irene, ed. <i>Families, Politics and Public Policy: A Feminist Dialogue on Women and the State</i> . New York: Longman, 1983	624
Dicey, A. V., and J. H. C. Morris, <i>The Conflict of Laws</i> , 11th ed. London: Stevens and Sons, 1987.....	904
Donovan, James J. "The Origins and Development of Limitation of Shipowners' Liability" (1979), 53 <i>Tul. L. Rev.</i> 999	551

Duclos, Nitya. "Disappearing Women: Racial Minority Women in Human Rights Cases" (1992), <i>Proceedings: Conference on Women and the Canadian State</i> (McGill-Queen's)	645
Dugdale, D. F. "Against oath-taking", [1985] <i>N.Z.L.J.</i> 404	765
Dumas, Jean, and Yves Péron. <i>Marriage and Conjugal Life in Canada: Current Demographic Analysis</i> . Ottawa: Statistics Canada, 1992.....	627
Dumas, Jean, et Yves Péron. <i>Mariage et vie conjugale au Canada: La conjoncture démographique</i> . Ottawa: Statistique Canada, 1992.....	627
Dumont, Jeanine. "What Every Professional Should Know Before Buying Claims-Made Liability Insurance" (1985), 35 <i>Fed. Ins. Couns. Q.</i> 363	273
Edinger, Elizabeth R. Case Comment (1992), 71 <i>Can. Bar Rev.</i> 117	930
Edinger, Elizabeth R. Commentaires d'arrêt (1992), 71 <i>R. du B. can.</i> 117	930
Eggleston, Sir Richard. <i>Evidence, Proof and Probability</i> , 2nd ed. London: Weidenfeld and Nicolson, 1983	217
Eichler, Margrit. <i>Families in Canada Today: Recent Changes and Their Policy Consequences</i> , 2nd ed. Toronto: Gage, 1988	625
Evans, J. M. "Jurisdictional Review in the Supreme Court: Realism, Romance and Recidivism" (1991), 48 <i>Admin. L.R.</i> 255	602
Evans, J. M., et al. <i>Administrative Law</i> , 3rd ed. Toronto: Emond Montgomery Publications Ltd., 1989	489
Ewaschuk, E. G. "Corporate Criminal Liability and Related Matters" (1975), 29 <i>C.R.N.S.</i> 44	520
Farquhar, Keith B. "Causal Connection in Constructive Trust After <i>Soroohan v. Soroohan</i> " (1989), 7 <i>Can. J. of Fam. L.</i> 337.....	992
Farquhar, Keith B. "Causal Connection in Constructive Trusts" (1986-88), 8 <i>Est. & Tr. Q.</i> 161	1020
Fifoot, C. H. S. <i>History and Sources of the Common Law: Tort and Contract</i> . London: Stevens & Sons, 1949	61
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 7th ed. Sydney: Law Book, 1987	121
Franklin, Kris. "'A Family Like Any Other Family: Alternative Methods of Defining Family in Law" (1990-1991), 18 <i>N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change</i> 1027.....	623
French, Christine. "The Contract/Tort Dilemma" (1983), 5 <i>Otago L. Rev.</i> 236.....	61
Fuller, L. L., and W. R. Purdue, "The Reliance Interest in Contract Damages" (1936-37), 46 <i>Yale L.J.</i> 52 and 373	40
Garant, Patrice. <i>Droit administratif</i> , vol. 2, <i>Le contentieux</i> , 3 ^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1991.....	491
Gibson, Dale. "Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of "Government" under Section 32(1) of the Charter" (1983), 13 <i>Man. L. J.</i> 505.....	357
Gilmore, Grant, and Charles L. Black, Jr. <i>The Law of Admiralty</i> , 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1975	531
Goff of Chieveley, Robert Goff, Baron and Gareth Jones. <i>The Law of Restitution</i> , 3rd ed. By Lord Goff of Chieveley and Gareth Jones. London: Sweet & Maxwell, 1986.....	1021
Goldstein, Yoine. "Bankruptcy As It Affects Third Parties: Some Aspects". Dans Conférences commémoratives Meredith 1985, <i>Les faillites: problèmes actuels et perspectives d'avenir</i> . Montréal: Faculty of Law, McGill University, 1986, 198.....	1044
Goldstein, Yoine. "Bankruptcy As It Affects Third Parties: Some Aspects". In Meredith Memorial Lectures 1985, <i>Bankruptcy — Present Problems and Future Perspectives</i> . Montréal: Faculty of Law, McGill University, 1986, 198.....	1044
Golombok, Susan, Ann Spencer and Michael Rutter. "Children in Lesbian and Single-Parent Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal" (1983), 24 <i>J. Child Psychol. Psychiat.</i> 551	632

Gomez, Jewelle. "Repeat After Me: We Are Different. We Are the Same." (1986), 14 <i>N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change</i> 935.....	633
Gower, Laurence Cecil Bartlett. <i>Gower's Principles of Modern Company Law</i> , 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979	205
Graham, Michael H. "Employing Inconsistent Statements for Impeachment and as Substantive Evidence: A Critical Review and Proposed Amendments of Federal Rules of Evidence 801(d)(1)(A), 613, and 607" (1977), 75 <i>Mich. L. Rev.</i> 1565	813
<i>Grand Larousse encyclopédique</i> . Paris: Librairie Larousse, 1972, «déraisonnable», «manifeste».....	963
Grant, Alan. "Videotaping Police Questioning: a Canadian Experiment", [1987] <i>Crim. L.R.</i> 375.....	766
Green, Maurice A. "The Continuing Saga of Litigation: Minority Language Instruction" (1990-91), 3 <i>Education & Law Journal</i> 204	851
Grey, Julius H. "Sections 96 to 100: A Defense" (1985), 1 <i>Admin. L.J.</i> 3	601
Hatsell, John. <i>Precedents of Proceedings in the House of Commons</i> , vol. 1, 3rd ed. London: T. Payne, 1796	343
Hayes, Ellen L. "Forum Non Conveniens in England, Australia and Japan: The Allocation of Jurisdiction in Transnational Litigation" (1992), 26 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 41	918
Heaton-Armstrong, Anthony, and David Wolchover. "Recording Witness Statements", [1992] <i>Crim. L.R.</i> 160	824
Herek, Gregory M. "Myths About Sexual Orientation: A Lawyer's Guide to Social Science Research" (1991), 1 <i>Law & Sexuality</i> 133	632
Herman, Didi. "Are We Family?: Lesbian Rights and Women's Liberation" (1990), 28 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 789	633
Hill, Christopher. <i>Maritime Law</i> , 3rd ed. London: Lloyd's of London Press, 1989.....	531
Hilliker, Gordon. <i>Liability Insurance Law in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1991.....	273
Hoffman, Samuel. "The Status of Shareholders and Directors Under New York's Business Corporation Law: A Comparative View" (1961-62), 11 <i>Buff. L. Rev.</i> 496.....	1037
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf)	352, 376, 858
Hovius, Berend, and Timothy G. Youdan. <i>The Law of Family Property</i> . Scarborough: Carswell, 1991	993, 1020
Iacobucci, Frank, Marilyn L. Pilkington and J. Robert Prichard. <i>Canadian Business Corporations</i> . Agincourt, Ont.: Canada Law Book, 1977	1043
Israels, Carlos L. <i>Corporate Practice</i> , 3rd ed. Revised by Alan M. Hoffman. New York: Practising Law Institute, 1974	1037
Johnson, Howard. "Contract and Tort: Orthodoxy Reasserted!" (1990), 9 <i>Int'l Banking L.</i> 306	69
Jones, Walter W. "Flotilla or Several Vessels of Same Owner as Liable Under Federal Statute Providing for Limitation of Shipowner's Liability (46 USC § 183(a))" (1971), 9 <i>A.L.R. Fed.</i> 768	547
Klar, Lewis N. <i>Tort Law</i> . Toronto: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.....	112
Kovats, L. J. <i>The Law of Tugs and Towage</i> . Chichester: Rose, 1980	537
Landry, Raymond A. "Deux questions de politique législative en matière de faillite et d'insolvabilité: l'indemnisation des salariés et les traitements préférentiels" (1986), 17 <i>R.G.D.</i> 305	1043
Langille, Brian A. "Judicial Review, Judicial Revisionism and Judicial Responsibility" (1986), 17 <i>R.G.D.</i> 169	594
Larson, Jane E. "Discussion" (1992), 77 <i>Cornell L. Rev.</i> 1012	632

Laskin, Bora. "The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada" (1975), 53 <i>Can. Bar Rev.</i> 469	775
Law, Sylvia A. "Homosexuality and the Social Meaning of Gender", [1988] <i>Wis. L. Rev.</i> 187	623
Lewis, Claudia A. "From This Day Forward: A Feminine Moral Discourse on Homosexual Marriage" (1988), 97 <i>Yale L.J.</i> 1783	631
Lewison, Kim. <i>The Interpretation of Contracts</i> . London: Sweet & Maxwell, 1989	24
Linden, Allen M. <i>Canadian Tort Law</i> , 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988	118
Linden, Allen M. <i>La responsabilité civile délictuelle</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988	118
Long, Rowland H. <i>The Law of Liability Insurance</i> , vol. 2. New York: Matthew Bender, 1992	273
Lorde, Audre. "Age, Race, Class, and Sex: Women Redefining Difference". In <i>Sister Outsider</i> . Freedom, Calif.: Crossing Press, 1984, 114	633
MacLauchlan, H. Wade. "Judicial Review of Administrative Interpretations of Law: How Much Formalism Can We Reasonably Bear?" (1986), 36 <i>U.T.L.J.</i> 343	604
Maingot, Joseph. <i>Le privilège parlementaire au Canada</i> . Cowansville: Yvon Blais, 1987	341, 380
Maingot, Joseph. <i>Parliamentary Privilege in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1982	341, 380
Makuch, Stanley M. <i>Canadian Municipal and Planning Law</i> . Toronto: Carswell, 1983	668, 688
Marsden, Reginald G. <i>The Law of Collisions at Sea</i> , 11th ed. By Kenneth C. McGuffie. London: Stevens & Sons, 1961	551
May, Erskine. <i>Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament</i> , 21st ed. By C. J. Boulton. London: Butterworths, 1989	345, 379
McCormick, Charles Tilford. <i>McCormick on Evidence</i> , vol. 2, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992	764
McLachlin, Beverley M., and Wilfred J. Wallace. <i>The Canadian Law of Architecture and Engineering</i> . Toronto: Butterworths, 1987	71
McLauchlan, D. W. "Assessment of Damages for Misrepresentations Inducing Contracts" (1987), 6 <i>Otago L. Rev.</i> 370	40
McLauchlan, D. W. "Pre-Contract Negligent Misrepresentation" (1977), 4 <i>Otago L. Rev.</i> 23	78
McLelland, A. Anne, and Bruce P. Elman. "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" (1986), 24 <i>Alta. L. Rev.</i> 361	357
McLeod, James G. Annotation in <i>Everson v. Rich</i> (1988), 16 R.F.L. (3d) 338	1013
McLeod, James G. Annotation in <i>Kshywieski v. Kunka</i> (1986), 50 R.F.L. (2d) 421	1017
Meagher, R. P., W. M. C. Gummow and J. R. F. Lehane. <i>Equity — Doctrines and Remedies</i> , 2nd ed. Sydney: Butterworths, 1984	191
Mendola, Mary. <i>The Mendola Report: A New Look at Gay Couples</i> . New York: Crown, 1980	628
Michel, Harriet R. "The Case for the Black Family" (1987), 4 <i>Harv. BlackLetter J.</i> 21	628
Mignault, Pierre Basile. <i>Le droit civil canadien</i> , t. 6. Montréal: C. Théoret, 1902	298
Miller, Joyce. «L'enregistrement magnétoscopique des interrogatoires des suspects et des accusés par la police régionale de Halton: sommaire d'une évaluation». Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1988	766
Miller, Joyce. <i>The Audio-Visual Taping of Police Interviews With Suspects and Accused Persons by Halton Regional Police Force: An Evaluation</i> . Ottawa: Law Reform Commission, 1988	766
Morden, John Wilson. "Evidence — Proof of Own Witness's Prior Inconsistent Statement Where "Adverse" — Section 24, Evidence Act (Ont.)" (1962), 40 <i>Can. Bar Rev.</i> 96	764

Morgan, Edmund M. "Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept" (1948), 62 <i>Harv. L. Rev.</i> 177.....	769
Muir, I. A. "Tesco Supermarkets, Corporate Liability and Fault" (1973), 5 <i>N.Z.U. L. Rev.</i> 357.....	519
Mullan, David J. "Of Chaff Midst the Corn: American Farm Bureau Federation v. Canada (Canadian Import Tribunal) and Patent Unreasonableness Review" (1991), 45 <i>Admin. L.R.</i> 264.....	602
Mullan, David J. "The Re-Emergence of Jurisdictional Error" (1985), 14 <i>Admin. L.R.</i> 326.....	602
Narev, Ian. "Unjust Enrichment and De Facto Relationships" (1991), 6 <i>Auck. U.L. Rev.</i> 504.....	1020
Neave, Marcia. "Three Approaches to Family Property Disputes -- Intention/Belief, Unjust Enrichment and Unconscionability". In T. G. Youdan, ed. <i>Equity, Fiduciaries and Trusts</i> . Toronto: Carswell, 1989.....	992, 1015
Nicholls, Glenn, and Guy L. Roy. <i>A Report on Major Developments in French-language Education in Manitoba from 1970 to 1987</i> . Winnipeg: Department of Education, July 18, 1988.....	858
Note, "Looking for a Family Resemblance: The Limits of the Functional Approach to the Legal Definition of Family" (1991), 104 <i>Harv. L. Rev.</i> 1640.....	637
Ontario. Commission de la réforme du droit. <i>Report on the Law of Evidence</i> . Toronto: La Commission, 1976.....	771
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on the Law of Evidence</i> . Toronto: The Commission, 1976.....	771
Ouellette, Yves. "Aspects de la procédure et de la preuve devant les tribunaux administratifs" (1986), 16 <i>R.D.U.S.</i> 819.....	488
Palmer, Sir Francis Beaufort. <i>Palmer's Company Law</i> , vol. 1, 24th ed. Clive M. Schmitthoff, ed. London: Stevens & Sons, 1987.....	202
Palmer, George E. <i>The Law of Restitution</i> , vol. 1. Boston: Little, Brown & Co., 1978.....	988
Parker, John K. "The Untimely Demise of the 'Claims Made' Insurance Form? A Critique of <i>Stine v. Continental Casualty Company</i> ", [1983] <i>Det. C.L. Rev.</i> 25.....	261
Perrot, Roger. "La charge de la preuve en matière d'assurance" (1961), 32 <i>Rev. gén. ass. terr.</i> 5.....	300
<i>Petit Robert 1</i> . Paris: Le Robert, 1990, "situation".....	617
Pierce, Lee Roy, Jr. "Professional Liability Insurance: The Claims Made and Reported Trap" (1991), 19 <i>W. St. U. L. Rev.</i> 165.....	265, 266
Rauschenbush, Richard W., "Antisuit Injunctions and International Comity" (1985), 71 <i>Va. L. Rev.</i> 1039...	914
Redlich, Josef. <i>The Procedure of the House of Commons</i> , vol. 1. Translated from the German by A. Ernest Steinthal. London: Archibald Constable & Co., 1908.....	342
Rich, Adrienne. "Husband-Right and Father-Right". In <i>On Lies, Secrets, and Silence</i> . New York: Norton, 1979.....	632
Rogers, Dwight, and Donald F. McManus. "Stockholders' Booby-Trap: Partnership Liabilities of Stockholders Under Section 71, New York Stock Corporation Law" (1953), 28 <i>N.Y.U. L. Rev.</i> 1149.....	1037
Rogers, Ian MacF. <i>The Law of Canadian Municipal Corporations</i> , vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1971.....	667, 688
Roman, Andrew J. "The Pendulum Swings Back" (1991), 48 <i>Admin. L.R.</i> 274.....	602
Rosenberg, Marc "The <i>Mens Rea</i> Requirements of Criminal Negligence: <i>R. v. Waite</i> and <i>R. v. Tutton</i> " (1990), 2 <i>J.M.V.L.</i> 243.....	873
Ryder, Bruce. "Equality Rights and Sexual Orientation: Confronting Heterosexual Family Privilege" (1990), 9 <i>Can. J. Fam. L.</i> 39.....	624
Salhany, Roger E. <i>Canadian Criminal Procedure</i> , 5th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1989.....	10
Sarna, Lazar. <i>The Law of Declaratory Judgments</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1988.....	190

Scane, Ralph E. "Relationships 'Tantamount to Spousal', Unjust Enrichment, and Constructive Trusts" (1991), 70 <i>Can. Bar Rev.</i> 260	1020
Schiff, Stanley. "The Previous Inconsistent Statement of Opponent's Witness" (1986), 36 <i>U.T.L.J.</i> 440....	763
Scott, Austin Wakeman. <i>The Law of Trusts</i> , vol. 5, 4th ed. By Austin Wakeman Scott, and William Franklin Fratcher. Boston: Little, Brown & Co., 1989	1009
Shattuck, John H. F., and Fritz Byers. "An Egalitarian Interpretation of the First Amendment" (1981), 16 <i>Harv. C.R.-C.L. L. Rev.</i> 377	412
<i>Shorter Oxford English Dictionary</i> . Oxford: Oxford University Press, 1973, "patently", "unreasonable"	963
Simard Jr., François-Xavier, et Gabrielle De K. Marceau. <i>Le droit des assurances terrestres depuis 1976</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1988	297
Simon, Jocelyn Edward Salis, Sir. "With All My Worldly Goods", <i>Holdsworth Lecture</i> , University of Birmingham, March 20, 1964	993
Stack, Carol B. <i>All Our Kin: Strategies for Survival in a Black Community</i> . New York: Harper & Row, 1974	628
Stalker, M. Anne. "The Fault Element in Recodifying Criminal Law: A Critique" (1989), 14 <i>Queen's L.J.</i> 119	873
Stevenson, W. A., and J. E. Côté. <i>Civil Procedure Guide</i> . Edmonton: Juriliber, 1989	210
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1987	156, 879
Stuart, Don. "Criminal Negligence: Deadlock and Confusion in the Supreme Court" (1989), 69 <i>C.R. (3d)</i> 331	872
Stuart, Meryn E. "An Analysis of the Concept of Family". In Ann L. Whall and Jacqueline Fawcett, eds., <i>Family Theory Development in Nursing: State of the Science and Art</i> . Philadelphia: F. A. Davis, 1991, 31	625
Stuesser, Lee. "Admitting Prior Inconsistent Statements for their Truth" (1992), 71 <i>Can. Bar Rev.</i> 48.....	764
Swinton, Katherine. "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms". In Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin, eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary</i> . Toronto: Carswell, 1982, 41	357
Tassé, Roger. "À qui incombe l'obligation de respecter les droits et libertés garantis par la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> ?". In Gérald-A. Beaudoin, ed., <i>Your Clients and the Charter — Liberty and Equality</i> . Proceedings of the October 1987 Colloquium of the Canadian Bar Association in Montréal. Cowansville: Yvon Blais, 1987, 35	357
Terkelsen, Kenneth G. "Toward a Theory of the Family Life Cycle". In Elizabeth A. Carter and Monica McGoldrick, eds. <i>The Family Life Cycle: A Framework for Family Therapy</i> . New York: Gardner Press, 1980, 21	624
<i>Traité de droit civil du Québec</i> , t. 9 par André Nadeau et Léo Ducharme. Montréal: Wilson & Lafleur, 1965	299
United States. Senate. Senate Report No. 93-1277, 93rd Cong., 2d Sess. (1974), reprinted in [1974] <i>U.S. Cong. & Adm. News</i> 7051	814
Veevers, Jean E. <i>La famille au Canada</i> . Ottawa: Statistique Canada, 1977	624
Veevers, Jean E. <i>The Family in Canada</i> . Ottawa: Statistics Canada, 1977.....	624
Weiler, Paul C. "The 'Slippery Slope' of Judicial Intervention: The Supreme Court and Canadian Labour Relations 1950-1970" (1971), 9 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 1	601
Welstead, Mary. "Domestic Contribution and Constructive Trusts: The Canadian Perspective", [1987] <i>Denning L.J.</i> 151.....	994
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970	768

Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974.....	796
Williams, Glanville. <i>Textbook of Criminal Law</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983	519
Williams, Patricia J. <i>The Alchemy of Race and Rights</i> . Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991	645
Wright, Lorraine M., and Maureen Leahey. <i>Nurses and Families: A Guide to Family Assessment and Intervention</i> , 2nd ed. Philadelphia: F. A. Davis, (forthcoming)	625
Zamir, Itzhak. <i>The Declaratory Judgment</i> . London: Sweet & Maxwell, 1986.....	191
Zimmer, Lisa R. "Family, Marriage, and the Same-Sex Couple" (1990), 12 <i>Cardozo L. Rev.</i> 681	629

Gaston Barrette et al. *Appellants*

v.

Heirs of the late H. Roy Crabtree and Harold R. Crabtree *Respondents*

INDEXED AS: BARRETTE v. CRABTREE ESTATE

File No.: 22505.

1992: December 1; 1993: March 25.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Corporations — Directors — Liability to employees — Pay in lieu of notice of dismissal — Directors of insolvent corporation held personally liable for sums awarded by court as pay in lieu of notice — Whether these sums “debts . . . for services performed for the corporation” within meaning of s. 114(1) of Canada Business Corporations Act — Canada Business Corporations Act, S.C. 1974-75-76, c. 33, s. 114(1).

The appellants, former managerial employees of the Wabasso corporation, obtained a judgment ordering the corporation to pay them over \$300,000 in lieu of notice of dismissal. As the corporation was insolvent, however, the appellants brought an action in the Court of Quebec pursuant to s. 114(1) of the *Canada Business Corporations Act* (“C.B.C.A.”) seeking a personal order against the directors of the corporation. That subsection provides that the “[d]irectors of a corporation are jointly and severally liable to employees of the corporation for all debts not exceeding six months wages payable to each such employee for services performed for the corporation while they are such directors respectively”. The court allowed the action and ordered the respondent directors to pay the appellants the sums owed. The Court of Appeal reversed this judgment and dismissed the action. Unlike the Court of Quebec, the Court of Appeal concluded that the sums awarded by the court did not fall within the scope of s. 114(1) C.B.C.A.

Held: The appeal should be dismissed.

Although the primary purpose of the remedy provided for in s. 114(1) C.B.C.A. is to protect employees in the

Gaston Barrette et autres *Appelants*

c.

^a **Les héritiers de feu H. Roy Crabtree et Harold R. Crabtree** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: BARRETTE c. CRABTREE (SUCCESSION DE)

^b N° du greffe: 22505.

1992: 1^{er} décembre; 1993: 25 mars.

^c Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Compagnies — Administrateurs — Responsabilité envers les employés — Indemnité de cessation d'emploi — Administrateurs d'une société insolvable tenus personnellement responsables pour les sommes allouées par un tribunal à titre d'indemnité de cessation d'emploi — Ces sommes constituent-elles des «dettes résultant de l'exécution [. . .] de services au profit de la société» au sens de l'art. 114(1) de la Loi sur les sociétés commerciales canadiennes? — Loi sur les sociétés commerciales canadiennes, S.C. 1974-75-76, ch. 33, art. 114(1).

^f Les appelants, ex-cadres de la société Wabasso, ont obtenu un jugement condamnant la société à leur payer plus de 300 000 \$ à titre d'indemnité de cessation d'emploi. Toutefois, vu l'insolvabilité de la société, les appelants ont intenté une action devant la Cour du Québec afin d'obtenir, en vertu du par. 114(1) de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* («L.S.C.C.»), une condamnation personnelle des administrateurs de la société. Ce paragraphe prévoit que les «administrateurs, durant leur mandat, sont solidairement responsables envers les employés des dettes résultant de l'exécution par ceux-ci de services au profit de la société, jusqu'à concurrence de six mois de salaire». La cour a accueilli l'action et condamné les administrateurs intimés à payer aux appelants les sommes dues. La Cour d'appel a infirmé ce jugement et rejeté l'action. Contrairement à la Cour du Québec, la Cour d'appel a conclu que les sommes allouées par le tribunal n'entraient pas dans le cadre du par. 114(1) L.S.C.C.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

^j Bien que l'objet premier du recours prévu au par. 114(1) L.S.C.C. soit de protéger les employés en cas

event of the bankruptcy or insolvency of the corporation, directors will not be personally liable for all debts assumed by the corporation to its employees. The rule stated in s. 114(1) cannot be separated from either the legal context or the language chosen by Parliament. That provision, which constitutes an exception to the fundamental principles of company law applicable to directors' liability, is limited and applies only to amounts claimed as "debts not exceeding six months wages . . . for services performed for the corporation". In this case, even assuming that the amounts payable in lieu of notice of dismissal are "debts" within the meaning of s. 114(1), this is not a debt for which the directors are personally liable. An amount payable in lieu of notice does not flow from services performed for the corporation, but rather from the damage arising from non-performance of a contractual obligation — to give sufficient notice when a party terminates a contract of employment for an indefinite term. Accordingly, the wrongful breach of the employment relationship by the employer is the cause and basis for the amounts awarded by the court as pay in lieu of notice.

Cases Cited

Distinguished: *Schwartz v. Scott*, [1985] C.A. 713; *Meyers v. Walters Cycle Co.* (1990), 85 Sask. R. 222; **referred to:** *Turcot v. Conso Graber Inc.*, [1990] R.D.J. 166; *Mesheau v. Campbell* (1982), 141 D.L.R. (3d) 155; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Fee v. Turner* (1904), 13 Que. K.B. 435; *Asbestos Corp. v. Cook*, [1933] S.C.R. 86; *Domtar Inc. v. St-Germain*, [1991] R.J.Q. 1271; *Columbia Builders Supplies Co. v. Bartlett*, [1967] Que. Q.B. 111; *Mills-Hughes v. Raynor* (1988), 47 D.L.R. (4th) 381.

Statutes and Regulations Cited

Act to authorise the formation of corporations for manufacturing, mining, mechanical or chemical purposes, N.Y. Laws 1848, c. 40, s. 18.
Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 131.
Business Corporations Act, R.S.S. 1978, c. B-10, s. 114.
Business Corporations Act, S.A. 1981, c. B-15, s. 114 [am. 1987, c. 15, s. 14].

de faillite et d'insolvabilité de la société, ce ne sont pas toutes les dettes assumées par la société à l'égard de ses employés qui sont susceptibles d'engager la responsabilité personnelle des administrateurs. La règle énoncée au par. 114(1) est indissociable du cadre juridique et des termes choisis par le législateur. Cette disposition, qui déroge aux principes de base du droit des compagnies relatifs à la responsabilité des administrateurs, est limitée et ne vise que les sommes réclamées qui constituent des «dettes résultant de l'exécution [...] de services au profit de la société, jusqu'à concurrence de six mois de salaire». En l'espèce, même en supposant que les sommes payables à titre d'indemnité de cessation d'emploi constituent des «dettes» au sens du par. 114(1), il ne s'agit pas d'une dette qui engage la responsabilité personnelle des administrateurs. La somme payable à titre d'indemnité de cessation d'emploi découle non pas de services exécutés au profit de la société, mais du préjudice qui est lié à l'inexécution d'une obligation contractuelle — soit celle de fournir un préavis suffisant lorsqu'une partie met fin à un contrat de travail à durée indéterminée. Les sommes allouées par le tribunal à titre d'indemnité de cessation d'emploi ont donc pour cause, et fondement, la rupture fautive du lien d'emploi par l'employeur.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts: *Schwartz c. Scott*, [1985] C.A. 713; *Meyers c. Walters Cycle Co.* (1990), 85 Sask. R. 222; **arrêts mentionnés:** *Turcot c. Conso Graber Inc.*, [1990] R.D.J. 166; *Mesheau c. Campbell* (1982), 141 D.L.R. (3d) 155; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Fee c. Turner* (1904), 13 B.R. 435; *Asbestos Corp. c. Cook*, [1933] R.C.S. 86; *Domtar Inc. c. St-Germain*, [1991] R.J.Q. 1271; *Columbia Builders Supplies Co. c. Bartlett*, [1967] B.R. 111; *Mills-Hughes c. Raynor* (1988), 47 D.L.R. (4th) 381.

Lois et règlements cités

Act to authorise the formation of corporations for manufacturing, mining, mechanical or chemical purposes, N.Y. Laws 1848, ch. 40, art. 18.
Acte du Canada sur les compagnies par actions constituées par lettres patentes, 1869, S.C. 1869, ch. 13, art. 49.
Acte des Companies par actions en Canada, 1877, S.C. 1877, ch. 43, art. 69.
Business Corporations Act, R.S.S. 1978, ch. B-10, art. 114.

Business Corporation Law, N.Y. Laws 1961, c. 855, s. 630.
Canada Business Corporations Act, R.S.C., 1985, c. C-44, s. 119(1).
Canada Business Corporations Act, S.C. 1974-75-76, c. 33 [rep. & sub. 1978-79, c. 9, s. 1], s. 114.
Canada Joint Stock Companies Act, 1877, S.C. 1877, c. 43, s. 69.
Canada Joint Stock Companies Letters Patent Act, 1869, S.C. 1869, c. 13, s. 49.
Civil Code of Lower Canada, arts. 1065, 1078.1.
Companies Act, R.S.Q., c. C-38, s. 96.
Companies Act, 1934, S.C. 1934, c. 33, s. 96.
Labour Standards Act, R.S.S. 1978, c. L-1, s. 2 "wages".
N.Y. Business Corporation Law § 630 (Consol. 1983) [am. N.Y. Laws 1984, c. 212, s. 1].
N.Y. Stock Corporation Law § 71 (McKinney 1951) [am. N.Y. Laws 1952, c. 794, s. 2].
Stock Corporation Law, N.Y. Laws 1901, c. 354, s. 54.

Authors Cited

Audet, Georges, Robert Bonhomme et Clément Gascon. *Le congédiement en droit québécois en matière de contrat individuel de travail*, 3^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1991 (feuilles mobiles).
 Beaulieu, Marie-Louis. "De la responsabilité des directeurs de compagnies pour le salaire des employés" (1930-31), 9 *R. du D.* 218 et 483.
 Bohémier, Albert, et Anne-Marie Poliquin. "Réflexion sur la protection des salariés dans le cadre de la faillite ou de l'insolvabilité" (1988), 48 *R. du B.* 75.
 Breton, Réjean. "L'indemnité de congédiement en droit commun" (1990), 31 *C. de D.* 3.
 Chabot, Marc. *La protection des salaires en cas de faillite ou d'insolvabilité*. Montréal: Thémis, 1985.
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.
 Goldstein, Yoine. "Bankruptcy As It Affects Third Parties: Some Aspects". In Meredith Memorial Lectures 1985, *Bankruptcy—Present Problems and Future Perspectives*. Montréal: Faculty of Law, McGill University, 1986, 198.
 Hoffman, Samuel. "The Status of Shareholders and Directors Under New York's Business Corporation Law: A Comparative View" (1961-62), 11 *Buff. L. Rev.* 496.
 Iacobucci, Frank, Marilyn L. Pilkington and J. Robert Prichard. *Canadian Business Corporations*. Agincourt, Ont.: Canada Law Book, 1977.

Business Corporations Act, S.A. 1981, ch. B-15, art. 114 [mod. 1987, ch. 15, art. 14].
Business Corporation Law, N.Y. Laws 1961, ch. 855, art. 630.
Code civil du Bas-Canada, art. 1065, 1078.1.
Labour Standards Act, R.S.S. 1978, ch. L-1, art. 2 «wages».
Loi des compagnies, 1934, S.C. 1934, ch. 33, art. 96.
Loi sur les compagnies, L.R.Q., ch. C-38, art. 96.
Loi sur les sociétés commerciales canadiennes, S.C. 1974-75-76, ch. 33 [abr. & rempl. 1978-79, ch. 9, art. 1], art. 114.
Loi sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 119(1).
Loi sur les sociétés par actions, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 131.
N.Y. Business Corporation Law § 630 (Consol. 1983) [mod. N.Y. Laws 1984, ch. 212, art. 1].
N.Y. Stock Corporation Law § 71 (McKinney 1951) [mod. N.Y. Laws 1952, ch. 794, art. 2].
Stock Corporation Law, N.Y. Laws 1901, ch. 354, art. 54.

Auteurs cités

Audet, Georges, Robert Bonhomme et Clément Gascon. *Le congédiement en droit québécois en matière de contrat individuel de travail*, 3^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1991 (feuilles mobiles).
 Beaulieu, Marie-Louis. «De la responsabilité des directeurs de compagnies pour le salaire des employés» (1930-31), 9 *R. du D.* 218 et 483.
 Bohémier, Albert, et Anne-Marie Poliquin. «Réflexion sur la protection des salariés dans le cadre de la faillite ou de l'insolvabilité» (1988), 48 *R. du B.* 75.
 Breton, Réjean. «L'indemnité de congédiement en droit commun» (1991), 31 *C. de D.* 3.
 Chabot, Marc. *La protection des salaires en cas de faillite ou d'insolvabilité*. Montréal: Thémis, 1985.
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.
 Goldstein, Yoine. «Bankruptcy As It Affects Third Parties: Some Aspects». Dans Conférences commémoratives Meredith 1985, *Les faillites: problèmes actuels et perspectives d'avenir*. Montréal: Faculty of Law, McGill University, 1986, 198.
 Hoffman, Samuel. «The Status of Shareholders and Directors Under New York's Business Corporation Law: A Comparative View» (1961-62), 11 *Buff. L. Rev.* 496.
 Iacobucci, Frank, Marilyn L. Pilkington and J. Robert Prichard. *Canadian Business Corporations*. Agincourt, Ont.: Canada Law Book, 1977.

Israels, Carlos L. *Corporate Practice*, 3rd ed. Revised by Alan M. Hoffman. New York: Practising Law Institute, 1974.

Landry, Raymond A. «Deux questions de politique législative en matière de faillite et d'insolvabilité: l'indemnisation des salariés et les traitements préférentiels» (1986), 17 *R.G.D.* 305. ^a

Rogers, Dwight, and Donald F. McManus. «Stockholders' Booby-Trap: Partnership Liabilities of Stockholders Under Section 71, New York Stock Corporation Law» (1953), 28 *N.Y.U. L. Rev.* 1149. ^b

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1991] R.J.Q. 1193, reversing a judgment of the Court of Quebec, J.E. 89-1311, D.T.E. 89T-943. Appeal dismissed. ^c

Guy Bertrand and *Claude Dallaire*, for the appellants.

André J. Payeur and *Madeleine Renaud*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by ^e

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This appeal concerns the interpretation of s. 114(1) of the *Canada Business Corporations Act*, S.C. 1974-75-76, c. 33 («C.B.C.A.») (now s. 119(1) of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44). Specifically, the question is whether, under that provision, the directors of a corporation against which employees have obtained a judgment, can be held personally liable for sums of money awarded by a court as pay in lieu of notice of dismissal. Section 114 *C.B.C.A.* reads as follows: ^f

114. (1) Directors of a corporation are jointly and severally liable to employees of the corporation for all debts not exceeding six months wages payable to each such employee for services performed for the corporation while they are such directors respectively. ^g

(2) A director is not liable under subsection (1) unless ^h

(a) the corporation has been sued for the debt within six months after it has become due and execution has been returned unsatisfied in whole or in part; ⁱ

Israels, Carlos L. *Corporate Practice*, 3rd ed. Revised by Alan M. Hoffman. New York: Practising Law Institute, 1974.

Landry, Raymond A. «Deux questions de politique législative en matière de faillite et d'insolvabilité: l'indemnisation des salariés et les traitements préférentiels» (1986), 17 *R.G.D.* 305.

Rogers, Dwight, and Donald F. McManus. «Stockholders' Booby-Trap: Partnership Liabilities of Stockholders Under Section 71, New York Stock Corporation Law» (1953), 28 *N.Y.U. L. Rev.* 1149. ^b

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1991] R.J.Q. 1193, qui a infirmé un jugement de la Cour du Québec, J.E. 89-1311, D.T.E. 89T-943. Pourvoi rejeté. ^c

Guy Bertrand et *Claude Dallaire*, pour les appelants.

André J. Payeur et *Madeleine Renaud*, pour les intimés. ^d

Le jugement de la Cour a été rendu par ^e

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Le présent pourvoi porte sur l'interprétation du par. 114(1) de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75-76, ch. 33 («L.S.C.C.») (maintenant le par. 119(1) de la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44). Plus précisément, il s'agit de déterminer si, en vertu de cette disposition, les administrateurs d'une société, contre laquelle des employés ont obtenu un jugement, peuvent être tenus personnellement responsables pour les sommes d'argent allouées par un tribunal à titre d'indemnité de cessation d'emploi. L'article 114 *L.S.C.C.* est ainsi rédigé: ^f

114. (1) Les administrateurs, durant leur mandat, sont solidairement responsables envers les employés des dettes résultant de l'exécution par ceux-ci de services au profit de la société, jusqu'à concurrence de six mois de salaire. ^g

(2) La responsabilité des administrateurs n'est engagée en vertu du paragraphe (1) que dans les cas suivants: ^h

a) l'exécution n'a pu satisfaire au montant accordé par jugement, à la suite d'une action en recouvrement de la créance intentée contre la société dans les six mois de l'échéance; ⁱ

(b) the corporation has commenced liquidation and dissolution proceedings or has been dissolved and a claim for the debt has been proved within six months after the earlier of the date of commencement of the liquidation and dissolution proceedings and the date of dissolution; or ^a

(c) the corporation has made an assignment or a receiving order has been made against it under the *Bankruptcy Act* and a claim for the debt has been proved within six months after the date of the assignment or receiving order. ^b

(3) A director is not liable under this section unless he is sued for a debt referred to in subsection (1) while he is a director or within two years after he has ceased to be a director. ^c

(4) Where execution referred to in paragraph (2)(a) has issued, the amount recoverable from a director is the amount remaining unsatisfied after execution.

(5) Where a director pays a debt referred to in subsection (1) that is proved in liquidation and dissolution or bankruptcy proceedings, he is entitled to any preference that the employee would have been entitled to, and where a judgment has been obtained he is entitled to an assignment of the judgment. ^d

~~(6) A director who has satisfied a claim under this section is entitled to contribution from the other directors who were liable for the claim.~~

I — Facts

On May 17, 1985 Wabasso Inc. (hereinafter "the corporation") closed its plant at Trois-Rivières after experiencing serious financial difficulties. ^e The appellants, 29 former managerial employees, were laid off. There being no agreement as to the amount to be paid by the corporation to its managerial employees in lieu of notice of dismissal, the appellants brought an action in the Quebec Superior Court. By judgment dated December 14, 1987, J.E. 88-416, Laroche J. ordered the corporation to pay the appellants \$300,358.66 as pay in lieu of notice of dismissal, in addition to the indemnity provided for in art. 1078.1 *C.C.L.C.* ^f

That decision was not appealed.

On January 27, 1988, after the corporation became insolvent, the appellants brought an action ^g

b) l'existence de la créance est établie dans les six mois de la première des dates suivantes: celles du début des procédures de liquidation ou de dissolution de la société ou celle de sa dissolution; ou

c) l'existence de la créance est établie dans les six mois d'une cession de biens ou d'une ordonnance de mise sous séquestre frappant la société conformément à la *Loi sur la faillite*.

(3) La responsabilité des administrateurs n'est engagée en vertu du présent article que si l'action est intentée durant leur mandat ou dans les deux ans suivant la cessation de celui-ci. ^c

(4) Les administrateurs ne sont tenus que des sommes restant à recouvrer après l'exécution visée à l'alinéa (2)a).

(5) L'administrateur qui acquitte les dettes visées au paragraphe (1), dont l'existence est établie au cours d'une procédure soit de liquidation et de dissolution, soit de faillite, est subrogé aux titres de préférence de l'employé et, le cas échéant, aux droits constatés dans le jugement. ^d

~~(6) L'administrateur qui acquitte une créance en vertu du présent article peut répéter les parts des administrateurs qui étaient également responsables.~~

I — Les faits

Le 17 mai 1985, la société Wabasso Inc. (ci-après «la société») ferme son usine à Trois-Rivières suite à d'importantes difficultés financières. ^e Les appelants, 29 ex-employés cadres, sont mis à pied. En l'absence d'entente sur le montant à être versé par la société à ses employés cadres à titre d'indemnité de cessation d'emploi, les appelants intentent une action devant la Cour supérieure du Québec. Par jugement en date du 14 décembre 1987, J.E. 88-416, le juge Laroche condamne la société à payer aux appelants la somme de 300 358,66 \$ à titre d'indemnité de cessation d'emploi, ainsi que l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1078.1 *C.c.B.-C.* ^f

Cette décision n'est pas portée en appel.

Le 27 janvier 1988, par suite de l'insolvabilité de la société, les appelants intentent une action ^g

in the Court of Quebec pursuant to s. 114(1) *C.B.C.A.* seeking a personal order against the directors of the corporation (the respondents). By judgment dated May 25, 1989 Judge Gagnon allowed the appellants' action and ordered the respondents jointly and severally to pay the appellants the sum of \$300,358.66 as well as the additional indemnity provided for in art. 1078.1 *C.C.L.C.*

On April 15, 1991 the Quebec Court of Appeal allowed the respondents' appeal.

II — Judgments

Court of Quebec (Trois-Rivières), No. 400-02-000129-880, May 25, 1989, J.E. 89-1311

Noting that the pre-conditions for the remedy had been met and that the respondents had admitted that they were directors, Judge Gagnon formulated the issue as follows (at p. 3):

[TRANSLATION] The court must interpret s. 114(1) *C.B.C.A.* to determine whether the amounts awarded to the plaintiffs by the Superior Court as dismissal notice are debts resulting from their performance of services for the company.

Judge Gagnon first remarked that, unlike s. 96 of the *Companies Act*, R.S.Q., c. C-38, in which the concept of wages is the determining element, the concept of debt is the cause, principle and basis for the liability of directors under s. 114 *C.B.C.A.* He expressed the view that the amounts awarded to the appellants by the Superior Court were "debts" within the meaning of that section, and added (at p. 12):

[TRANSLATION] The court considers that the notice period is not only a debt but clearly results from the performance of services for the company. In Quebec law, the notice period is compulsory and necessary. The authors Robert Gagnon, Louis Le Bel and Pierre Verge [*Droit du travail* (1971)] give a good explanation of it when they write [at p. 38]:

"The dismissal or resignation notice ("notice period" is also used) is necessary to terminate a contract. It is

devant la Cour du Québec afin d'obtenir, en vertu du par. 114(1) *L.S.C.C.*, une condamnation personnelle des administrateurs de la société (les intimés). Par jugement en date du 25 mai 1989, le juge Gagnon accueille l'action des appelants et condamne solidairement les intimés à payer aux appelants la somme de 300 358,66 \$, ainsi que l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1078.1 *C.c.B.-C.*

Le 15 avril 1991, la Cour d'appel du Québec accueille l'appel des intimés.

c II — Les jugements

La Cour du Québec (Trois-Rivières), n° 400-02-000129-880, le 25 mai 1989, J.E. 89-1311

Rappelant que les conditions de recevabilité du recours avaient été remplies et que les intimés avaient admis leur qualité d'administrateurs, le juge Gagnon formule la question en litige comme suit (à la p. 3):

Il s'agit d'interpréter le paragraphe 1 de l'article 114 *L.S.C.C.* en vue de savoir si les montants accordés aux demandeurs par la Cour supérieure à titre de préavis de départ constituent des dettes résultant de l'exécution par ceux-ci de services au profit de la compagnie.

Le juge Gagnon note d'abord que, contrairement à l'art. 96 de la *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., ch. C-38, où la notion de salaire constitue l'élément déterminant, dans le cadre de l'art. 114 *L.S.C.C.*, c'est plutôt la notion de dette qui est la cause, le principe et le fondement de la responsabilité des administrateurs. Estimant que les sommes allouées aux appelants par la Cour supérieure constituent des «dettes» au sens de cet article, le juge Gagnon poursuit (à la p. 12):

Le Tribunal considère que le délai-congé est non seulement une dette mais qu'il résulte manifestement de l'exécution de services au profit de la compagnie. En droit québécois, le délai-congé est obligatoire et nécessaire. Les auteurs Robert Gagnon, Louis Le Bel et Pierre Verge [*Droit du travail* (1971)] l'expliquent bien lorsqu'ils écrivent [à la p. 38]:

«Le préavis de congédiement ou de démission (on parle aussi de délai-congé) est nécessaire pour mettre

an obligation for the party who intends to make use of unilateral rescission and a right for the other party.”

The notice period is therefore not comparable to damages since its purpose is to minimize the impact of the job loss by allowing the employee to make reasonable advance provision for the effects of dismissal. Reasonable notice of dismissal is therefore an integral part of the employment contract for an indefinite term, as was the case with the plaintiffs. Accordingly, this debt is associated with the performance of services for the corporation.

Relying on the Quebec Court of Appeal judgment in *Schwartz v. Scott*, [1985] C.A. 713, Judge Gagnon added that, like pay in lieu of notice owed under a collective agreement, the money awarded by the Superior Court was for services rendered. He therefore concluded (at p. 15):

[TRANSLATION] It follows, therefore, that the amounts awarded to the plaintiffs by judgment on December 14, 1987 are debts associated with the performance of services for Wabasso Inc. The defendants, in their capacity as directors of Wabasso Inc., are thus jointly and severally liable for these debts up to the amount of six months' wages.

Court of Appeal, [1991] R.J.Q. 1193

The court first distinguished *Schwartz* on the ground that, unlike in the case at bar, the amounts awarded as pay in lieu of notice had been agreed upon in a clause in the collective agreement covering layoffs. The court relied on its decision in *Turcot v. Conso Graber Inc.*, [1990] R.D.J. 166, to the effect that s. 114(1) *C.B.C.A.* does not cover damages arising from a quasi-delict or a breach of contract. The court also referred to *Mesheau v. Campbell* (1982), 141 D.L.R. (3d) 155 in which the Ontario Court of Appeal held that a claim based on wrongful dismissal was an action for unliquidated damages and so was excluded from the scope of s. 114(1) *C.B.C.A.*

Having concluded that s. 114(2)(a) *C.B.C.A.* was an indicium that Parliament was targeting a

fin au contrat. Il constitue une obligation pour la partie qui entend se prévaloir de la résiliation unilatérale et un droit pour l'autre.»

Le délai-congé n'est donc pas assimilable à des dommages-intérêts puisqu'il vise à atténuer l'impact de la perte de l'emploi en permettant à l'employé de prévoir raisonnablement à l'avance les effets du licenciement. L'avis de congé raisonnable fait donc partie intégrante du contrat de travail à durée indéterminée, comme ce fut le cas pour les demandeurs. Dès lors, cette dette est liée à l'exécution de services au profit de la société.

S'appuyant sur l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Schwartz c. Scott*, [1985] C.A. 713, le juge Gagnon ajoute que, tout comme l'indemnité de cessation d'emploi due en vertu d'une convention collective, les sommes allouées par la Cour supérieure l'étaient pour services rendus. Par conséquent, il conclut (à la p. 15):

Il en résulte donc que les montants accordés aux demandeurs par jugement le 14 décembre 1987 constituent des dettes liées à l'exécution de services au profit de Wabasso Inc. En conséquence, les défendeurs, en leur qualité d'administrateurs de Wabasso Inc., sont solidairement responsables de ces dettes jusqu'à concurrence de six mois de salaire.

La Cour d'appel, [1991] R.J.Q. 1193

La cour distingue d'abord l'arrêt *Schwartz* au motif que, contrairement à la présente affaire, les montants alloués à titre d'indemnité de cessation d'emploi avaient été convenus dans une clause de la convention collective au cas de mise à pied. La cour s'appuie sur sa décision dans l'affaire *Turcot c. Conso Graber Inc.*, [1990] R.D.J. 166, à l'effet que le par. 114(1) *L.S.C.C.* ne couvre pas les dommages-intérêts nés d'un quasi-délit ou d'un bris de contrat. La cour se réfère également à l'arrêt *Mesheau c. Campbell* (1982), 141 D.L.R. (3d) 155 où la Cour d'appel de l'Ontario a jugé qu'une réclamation fondée sur un congédiement injustifié était une action en dommages-intérêts non liquidés et était exclue, par là, de l'application du par. 114(1) *L.S.C.C.*

Après avoir estimé que l'al. (2)a) de l'art. 114 *L.S.C.C.* indiquait que le législateur visait une

due and liquidated debt, the court added (at pp. 1195-96):

[TRANSLATION] In our opinion, the wording clearly suggests that what is meant is debts, such as for due and unpaid wages, due and unpaid vacation leave, overtime worked and not yet paid for, but the amount of which is known because the rates are specified in the employment contract (individual or collective, as the case may be) or by law. It does not appear to refer to a debt which may possibly be quantified for breach of contract, layoff for economic reasons or wrongful dismissal. The debt here is not a liquidated and due one, but simply a contingent debt. Though the judgment on which the debt is based has become *res judicata* between the insolvent company and the employees, the fact remains that it does not necessarily have this finality *vis-à-vis* the [respondent] directors and that it made no ruling on a "debt for services performed".

The primary purpose of the claims was to obtain a declaration as to the nature of the termination of the employment contracts and then to quantify the resulting damages for term of notice. These were claims for unliquidated damages.

The Court of Appeal therefore concluded, unlike the Court of Quebec judge, that the sums awarded by the Superior Court did not fall within the scope of s. 114 *C.B.C.A.*

III — Issue

The only issue in this Court is whether the sums awarded by the Superior Court as pay in lieu of notice of dismissal were "debts . . . for services performed for the corporation" within the meaning of that expression in s. 114(1) *C.B.C.A.*

IV — Analysis

(A) *Introduction*

Section 114(1) *C.B.C.A.* is ambiguous. This ambiguity is evidenced, first, in the diametrically opposite conclusions arrived at by the Court of Quebec and the Court of Appeal. It is also

créance due et liquidée, la cour ajoute (aux pp. 1195 et 1196):

Le texte, à notre avis, laisse entendre clairement qu'il s'agit de dettes, par exemple, pour des salaires dus et non payés, des vacances dues et non payées, des heures supplémentaires travaillées et non encore payées mais dont le montant est connu parce que les taux sont déterminés selon le contrat de travail (individuel ou collectif selon le cas) ou la loi. Il ne semble pas référer à une dette éventuellement déterminée pour bris de contrat, mise à pied pour raisons économiques ou congédiement injustifié. Il ne s'agit pas ici d'une dette liquidée et due, mais simplement d'une dette éventuelle. Même si le jugement qui constitue la base de la créance a acquis l'effet de la chose jugée entre la compagnie insolvable et les employés, il n'en reste pas moins qu'il n'a pas nécessairement cette finalité à l'égard des administrateurs [iñtimés], et qu'il n'a pas statué sur une «réclamation résultant de services au profit de la société» (*debt for services performed*).

Les réclamations visaient d'abord à obtenir une déclaration quant à la nature de la fin des contrats d'emploi et, ensuite, à déterminer les dommages-intérêts qui en découleraient à titre de délai-congé. Il s'agissait de demandes de dommages-intérêts non liquidés.

En conséquence, la Cour d'appel conclut, contrairement au juge de la Cour du Québec, que les sommes allouées par la Cour supérieure n'entrent pas dans le cadre de l'art. 114 *L.S.C.C.*

III — La question en litige

La seule question en litige devant nous consiste à déterminer si les sommes allouées par la Cour supérieure à titre d'indemnité de cessation d'emploi constituent des «dettes résultant de l'exécution [. . .] de services au profit de la société», au sens où cette expression est utilisée au par. 114(1) *L.S.C.C.*

IV — Analyse

A) *Introduction*

Le paragraphe 114(1) *L.S.C.C.* est ambigu. Cette ambiguïté se reflète, d'abord, dans les conclusions diamétralement opposées auxquelles sont parvenues et la Cour du Québec et la Cour d'appel.

reflected in the rules of interpretation put forward by each party, which lead to opposite results.

According to the appellants, the rules of statutory interpretation generally give a broad meaning to the word "debts" in s. 114(1) *C.B.C.A.* Thus, by reason of the remedial nature of that provision, a broad and liberal interpretation should be adopted so as to include the amounts awarded by the Superior Court as pay in lieu of notice. The respondents, on the other hand, point out that s. 114(1) *C.B.C.A.* imposes a liability on them that goes beyond what the law ordinarily prescribes, being an exception to the general rule that directors are not liable for a company's debts. The respondents accordingly submit that, given the exceptional nature of directors' personal liability, s. 114(1) *C.B.C.A.* requires instead a strict interpretation.

In the interpretation of a statutory provision it is, in my view, advisable to begin with a consideration of its background, however briefly (see *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 528). By identifying the purpose of the remedy, this approach sets the parties' arguments in their proper context while shedding light on the interests at stake.

(B) *Origin and Background of Section 114(1) C.B.C.A.*

(1) New York Legislation

The remedy provided for in s. 114(1) *C.B.C.A.* is based on a New York State law dating from 1848. That statute, *An Act to authorise the formation of corporations for manufacturing, mining, mechanical or chemical purposes*, N.Y. Laws 1848, c. 40, s. 18, provided that shareholders of companies covered by the law "shall be jointly and severally individually liable for all debts that may be due and owing to all their laborers, servants and apprentices, for services performed for such corporation". This provision was included in a general

Cette ambiguïté se traduit, également, par les principes d'interprétation qui, avancés par chacune des parties, mèneraient à des résultats opposés.

Selon les appelants, l'ensemble des règles d'interprétation législative s'accordent pour conférer un sens large au mot «dettes» du par. 114(1) *L.S.C.C.* Ainsi, en vertu du caractère réparateur de cette disposition, une interprétation large et libérale devrait prévaloir de manière à englober les sommes allouées par la Cour supérieure à titre d'indemnité de cessation d'emploi. D'autre part, les intimés soulignent que le par. 114(1) *L.S.C.C.* leur impose une responsabilité exorbitante du droit commun car elle constitue une exception au principe général voulant que les administrateurs ne soient pas responsables des dettes de la société. En conséquence, les intimés soumettent que le par. 114(1) *L.S.C.C.* commande plutôt une interprétation restrictive en raison du caractère exceptionnel de la responsabilité personnelle des administrateurs.

À mon avis, lorsqu'il s'agit d'interpréter une disposition législative, il est utile de débiter par un examen, si bref soit-il, de son historique (voir *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, à la p. 528). En permettant de cerner l'objet du recours, cette démarche replacera les arguments d'interprétation des parties dans le contexte qui leur est propre tout en éclairant les enjeux ici en cause.

B) *L'origine et l'historique du par. 114(1) L.S.C.C.*

(1) La législation new-yorkaise

Le recours prévu au par. 114(1) *L.S.C.C.* s'inspire d'une loi de l'État de New York qui date de 1848. Cette loi, intitulée *An Act to authorise the formation of corporations for manufacturing, mining, mechanical or chemical purposes*, N.Y. Laws 1848, ch. 40, art. 18, prévoyait que les actionnaires des compagnies régies par la loi [TRADUCTION] «sont individuellement responsables d'une manière conjointe et solidaire de toutes les dettes pouvant être contractées envers tous les ouvriers, préposés et apprentis, relativement aux

statute governing joint stock corporations (*Stock Corporation Law*, N.Y. Laws 1901, c. 354, s. 54), and it was not until a 1952 amendment (N.Y. Laws 1952, c. 794, s. 2) that the amounts covered by the remedy were listed more specifically, though not exhaustively. Before that date, s. 71 of the *Stock Corporation Law* (formerly s. 54) read as follows:

The stockholders of every stock corporation shall jointly and severally be personally liable for all debts due and owing to any of its laborers, servants or employees other than contractors, for services performed by them for such corporation. Before such laborer, servant or employee shall charge such stockholder for such services, he shall give him notice in writing, within thirty days after the termination of such services, that he intends to hold him liable. . . .

The amendment inserted the words "wages or salaries" after the word "debts" as well as a new paragraph drafted as follows:

For the purposes of this section, wages or salaries shall mean all compensation and benefits payable by an employer to or for the account of the employee for personal services rendered by such employee. These shall specifically include but not be limited to salaries, overtime, vacation, holiday and severance pay; employer contributions to or payments of insurance or welfare benefits; employer contributions to pension or annuity funds; and any other moneys properly due or payable for services rendered by such employee.

In 1963, the new general law governing joint stock companies limited this personal liability to a company's ten largest shareholders (*Business Corporation Law*, N.Y. Laws 1961, c. 855, s. 630). The new provision governing shareholders' personal liability was designed to clarify the procedure for recovering money paid by the shareholders who were sued while at the same time ensuring that suits were not brought against shareholders with small holdings:

By an amendment in 1952, wages and salaries were defined to include every variety of fringe benefits,

services fournis à la compagnie». Cette disposition fut reprise dans la loi générale régissant les compagnies par actions (*Stock Corporation Law*, N.Y. Laws 1901, ch. 354, art. 54) et ce n'est que suite à une modification adoptée en 1952 (N.Y. Laws 1952, ch. 794, art. 2) que les sommes visées par le recours furent énumérées de manière plus spécifique, quoique non exhaustive. Avant cette date, l'art. 71 de la *Stock Corporation Law* (auparavant l'art. 54) se lisait comme suit:

[TRADUCTION] Les actionnaires d'une compagnie par actions sont personnellement responsables d'une manière conjointe et solidaire de toutes les dettes contractées envers les ouvriers, préposés ou employés autres que les entrepreneurs, relativement aux services qu'ils ont fournis à la compagnie. Pour qu'un ouvrier, un préposé ou un employé puisse faire payer un actionnaire pour ces services, il doit l'aviser par écrit dans les trente jours de la fin de la prestation de ces services, de son intention de le tenir responsable. . . .

La modification inséra le mot [TRADUCTION] «salaire» après le mot «dettes» ainsi qu'un nouveau paragraphe rédigé comme suit:

[TRADUCTION] Aux fins du présent article, salaire désigne tout traitement ou avantage payable par un employeur à un employé ou à son compte pour les services personnels qu'il a fournis. Sont notamment visés, les salaires, les heures supplémentaires, les vacances, les congés et les indemnités de départ, les paiements ou les contributions de l'employeur au titre des assurances ou des avantages sociaux, les cotisations de l'employeur aux fonds de pension et toutes autres sommes d'argent régulièrement dues ou payables pour les services fournis par l'employé.

En 1963, la nouvelle loi générale régissant les compagnies par actions vint limiter cette responsabilité personnelle aux dix principaux actionnaires d'une compagnie (*Business Corporation Law*, N.Y. Laws 1961, ch. 855, art. 630). La nouvelle disposition régissant la responsabilité personnelle des actionnaires avait pour objet de clarifier les modalités de répétition des sommes acquittées par les actionnaires poursuivis tout en évitant que des petits actionnaires ne fassent l'objet d'éventuelles poursuites:

[TRADUCTION] Grâce à une modification apportée en 1952, le salaire a été défini de manière à inclure tous les

including vacation, holiday and severance pay, and contributions to pension or annuity funds. The vice inherent in the statute lies in its imposition of "several" liability—so that *any* shareholder, however small his holdings in the corporation, may be personally liable for the full judgment (which may be extremely large in view of the extended definition of wages and salaries). Moreover, *case law does not clarify the contribution rights of the shareholder who has paid the entire judgment.* [Emphasis in original.]

(S. Hoffman, "The Status of Shareholders and Directors Under New York's Business Corporation Law: A Comparative View" (1961-62), 11 *Buff. L. Rev.* 496, at p. 544.)

Another author sums up the effect of the 1963 amendments as follows:

Prior to 1963, shareholders' liability for the items covered by the statute was joint and several, and the case law was by no means clear as to whether an individual shareholder held liable could seek contribution from other shareholders. NY BCL § 630 retains the essential character of the former provisions, but mitigates some of the harsher aspects of the liability:

1. The liability is restricted to the ten largest shareholders as determined by the value of their beneficial interests in the corporation as of the date when the unpaid services began;
2. The right of contribution as between the ten largest shareholders is made specific, provided timely notice is given to the shareholders from whom it is sought.

(C. L. Israels, *Corporate Practice* (3rd ed. 1974), at pp. 10-11.)

See also D. Rogers and D. F. McManus, "Stockholders' Booby-Trap: Partnership Liabilities of Stockholders Under Section 71, New York Stock Corporation Law" (1953), 28 *N.Y.U. L. Rev.* 1149.

Section 630 of the New York *Business Corporation Law* now reads as follows:

avantages sociaux, dont les vacances, les congés et les indemnités de départ, de même que les cotisations aux fonds de pension. Le vice inhérent à la loi découle du fait qu'elle impose une responsabilité «solidaire»—de sorte que *tout* actionnaire, peu importe l'importance de sa participation dans la société, puisse être tenu personnellement responsable du plein montant du jugement (qui peut avoir une portée extrêmement large compte tenu de la définition élargie du terme «salaire»). De plus, *la jurisprudence ne clarifie pas les droits en matière de contribution que possède l'actionnaire qui a acquitté tout le montant du jugement.* [En italique dans l'original.]

(S. Hoffman, «The Status of Shareholders and Directors Under New York's Business Corporation Law: A Comparative View» (1961-62), 11 *Buff. L. Rev.* 496, à la p. 544.)

Un autre auteur résume l'effet des modifications intervenues en 1963 dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Avant 1963, la responsabilité des actionnaires à l'égard des éléments visés par la loi était conjointe et solidaire et la jurisprudence ne précisait absolument pas si un actionnaire qui avait été tenu responsable pouvait chercher à obtenir une contribution des autres actionnaires. L'article 630 de la NY BCL conserve le caractère essentiel des dispositions antérieures, mais atténue les aspects les plus durs de la responsabilité:

1. La responsabilité est limitée aux dix actionnaires les plus importants selon la valeur de leurs droits à titre bénéficiaire dans la société à la date où on a commencé à fournir les services impayés.
2. Le droit en matière de contribution entre les dix actionnaires les plus importants est précisé, sous réserve d'un avis donné en temps utile aux actionnaires à qui elle est demandée.

(C. L. Israels, *Corporate Practice* (3^e éd. 1974), aux pp. 10 et 11.)

Voir également D. Rogers et D. F. McManus, «Stockholders' Booby-Trap: Partnership Liabilities of Stockholders Under Section 71, New York Stock Corporation Law» (1953), 28 *N.Y.U. L. Rev.* 1149.

L'article 630 de la *Business Corporation Law* de New York se lit maintenant comme suit:

[TRADUCTION]

630. Liability of shareholders for wages due to laborers, servants or employees

(a) The ten largest shareholders, as determined by the fair value of their beneficial interest as of the beginning of the period during which the unpaid services referred to in this section are performed, of every corporation (other than an investment company registered as such under an act of congress entitled "Investment Company Act of 1940"), no shares of which are listed on a national securities exchange or regularly quoted in an over-the-counter market by one or more members of a national or an affiliated securities association, shall jointly and severally be personally liable for all debts, wages or salaries due and owing to any of its laborers, servants and employees other than contractors, for services performed by them for such corporation. Before such laborer, servant or employee shall charge such shareholder for such services, he shall give notice in writing to such shareholder that he intends to hold him liable under this section. Such notice shall be given within *one hundred and eighty days* after termination of such services, except that if, within such period, the laborer, servant or employee demands an examination of the record of shareholders under paragraph (b) of section 624 (Books and records; right of inspection, *prima facie* evidence), such notice may be given within sixty days after he has been given the opportunity to examine the record of shareholders. An action to enforce such liability shall be commenced within ninety days after the return of an execution unsatisfied against the corporation upon a judgement recovered against it for such services.

(b) For the purposes of this section, wages or salaries shall mean all compensation and benefits payable by an employer to or for the account of the employee for personal services rendered by such employee. These shall specifically include but not be limited to salaries, overtime, vacation, holiday and severance pay; employer contributions to or payments of insurance or welfare benefits; employer contributions to pension or annuity funds; and any other moneys properly due or payable for services rendered by such employee.

(c) A shareholder who has paid more than his pro rata share under this section shall be entitled to contribution pro rata from the other shareholders liable under this section with respect to the excess so paid, over

630. Responsabilité des actionnaires à l'égard des salaires dus aux ouvriers, aux préposés ou aux employés

a) Les dix actionnaires les plus importants, selon la juste valeur de leur droit à titre bénéficiaire au début de la période durant laquelle les services impayés visés au présent article ont été fournis, de chaque société (autre qu'une société de placement enregistrée comme telle en vertu d'une loi du Congrès intitulée «Investment Company Act of 1940»), dont aucune action n'est inscrite à un marché national des valeurs mobilières ou n'est régulièrement cotée à un marché hors cote par au moins un membre d'une association nationale ou affiliée de valeurs, sont personnellement responsables d'une manière conjointe et solidaire de toutes les dettes contractées envers l'un des ouvriers, préposés et employés de la société autre que les entrepreneurs, et de tous les salaires qui lui sont dus, relativement aux services qu'il a fournis à la société. Pour qu'un ouvrier, un préposé ou un employé puisse faire payer un actionnaire pour ces services, il doit l'aviser par écrit de son intention de le tenir responsable en vertu du présent article. Un tel avis doit être donné dans les *cent quatre-vingts* jours qui suivent la fin de la prestation de ces services, sauf que si, au cours de cette période, l'ouvrier, le préposé ou l'employé exige l'examen du registre des actionnaires en application de l'alinéa b) de l'article 624 (livres et registres; droit d'inspection, preuve *prima facie*), un tel avis peut être donné dans les soixante jours après qu'il a eu la possibilité d'examiner ce registre. Une action visant à obtenir l'acquiescement de cette responsabilité doit être intentée dans les quatre-vingt-dix jours suivant le rapport de l'inexécution contre la société d'un jugement obtenu contre elle à l'égard de ces services.

b) Aux fins du présent article, salaire désigne tout traitement ou avantage payable par un employeur à un employé ou à son compte pour les services personnels qu'il a fournis. Sont notamment visés, les salaires, les heures supplémentaires, les vacances, les congés et les indemnités de départ, les paiements ou les contributions de l'employeur au titre des assurances ou des avantages sociaux, les cotisations de l'employeur aux fonds de pension et toutes autres sommes d'argent régulièrement dues ou payables pour les services fournis par l'employé.

c) L'actionnaire qui a payé plus que sa quote-part aux termes du présent article a le droit d'obtenir une contribution proportionnelle des autres actionnaires responsables en vertu du présent article relativement à ce

and above his pro rata share, and may sue them jointly or severally or any number of them to recover the amount due from them. Such recovery may be had in a separate action. As used in this paragraph, "pro rata" means in proportion to beneficial share interest. Before a shareholder may claim contribution from other shareholders under this paragraph, he shall, unless they have been given notice by a laborer, servant or employee under paragraph (a), give them notice in writing that he intends to hold them so liable to him. Such notice shall be given by him within twenty days after the date that notice was given to him by a laborer, servant or employee under paragraph (a). [Emphasis in original.]

(New York Consolidated Laws Service, vol. 3, 1983 (Cumulative Supplement (1992))).

(2) Canadian Legislation

Unlike its American precursor, the federal provision at issue here places the liability for certain debts of the corporation to its employees on the shoulders of the directors, rather than on those of the shareholders. Its original wording goes back to the first general legislation dealing with the incorporation of federal companies. Section 49 of the *Canada Joint Stock Companies Letters Patent Act, 1869*, S.C. 1869, c. 13, read as follows:

49. The Directors of the Company shall be jointly and severally liable to the laborers, servants and apprentices thereof, for all debts, not exceeding one year's wages, due for services performed for the Company whilst they are such Directors respectively; but no Director shall be liable to an action therefor, unless the Company has been sued therefor within one year after the debt became due, nor yet unless such Director is sued therefor within one year from the time when he ceased to be such Director, nor yet before an execution against the Company has been returned unsatisfied in whole or in part; and the amount due on such execution shall be the amount recoverable with costs against the Directors.

qu'il a payé en sus de sa quote-part et il peut les poursuivre conjointement et solidairement pour recouvrer le montant qu'ils lui doivent. Ce recouvrement peut être obtenu dans une action distincte. Dans le présent alinéa, l'expression «quote-part» signifie part proportionnelle au droit à titre bénéficiaire dans les actions. Avant qu'un actionnaire puisse réclamer une contribution aux autres actionnaires aux termes du présent alinéa, il doit, à moins qu'ils n'aient reçu un avis d'un ouvrier, préposé ou employé en application de l'alinéa a), leur donner un avis écrit de son intention de les tenir responsables envers lui. Il doit donner cet avis dans les vingt jours suivant la date à laquelle il a reçu l'avis d'un ouvrier, préposé ou employé en application de l'alinéa a). [En italique dans l'original.]

(New York Consolidated Laws Service, vol. 3, 1983 (Cumulative Supplement (1992))).

(2) La législation canadienne

Contrairement à son précurseur américain, la disposition fédérale ici en cause fait reposer la responsabilité de certaines dettes de la société à l'égard de ses employés sur les épaules des administrateurs, et non sur celles des actionnaires. Sa formulation originale remonte à la première loi générale sur la constitution en corporation des sociétés fédérales. L'article 49 de l'*Acte du Canada sur les compagnies par actions constituées par lettres patentes, 1869*, S.C. 1869, ch. 13, était ainsi rédigé:

49. Les directeurs de la compagnie seront conjointement et solidairement responsables envers les journaliers, serviteurs et apprentis de la compagnie, de toutes dettes n'excédant pas une année de gages, dus pour services rendus à la compagnie pendant l'administration des dits directeurs respectifs; mais nul directeur ne pourra être poursuivi pour telle dette à moins que la compagnie ne l'ait été, dans le cours d'une année après que la dette est devenue due, ni à moins que tel directeur ne soit poursuivi dans le cours d'une année à compter du jour qu'il a cessé d'être directeur, ni avant qu'il n'ait été constaté par le rapport d'une saisie-exécution contre la compagnie que le produit de l'exécution a été totalement ou partiellement insuffisant; et le montant dû sur l'exécution sera le montant recouvrable, avec les frais, contre les directeurs.

By specifying that the sums paid by one director could be recovered from other directors, the federal statute avoided reproducing one of the flaws inherent in the American provision. Similarly, by placing this liability on the shoulders of directors rather than shareholders, the federal provision avoided the problem of the potential liability of shareholders with small holdings who had no part in the administration of the company. On the other hand, unlike its New York counterpart, the Canadian provision never formulated a specific definition of the amounts covered by the remedy. The most significant amendments were aimed at lowering the ceiling on directors' liability to six months' wages (S.C. 1877, c. 43, s. 69); shortening the time during which the company could be sued to six months rather than a year from the date the debt became due (S.C. 1934, c. 33, s. 96); replacing the list of beneficiaries by the generic term "employee" and modifying the company's bankruptcy date in the section regarding the pre-conditions of the remedy (S.C. 1974-75-76, c. 33, s. 114). Although a further modification arose after the commencement of the current litigation, this change has no bearing on the disposition of this appeal. Following the consolidation of December 12, 1988 the French version of s. 119(1) of the *Canada Business Corporations Act* now reads as follows:

119. (1) Les administrateurs sont solidairement responsables, envers les employés de la société, des dettes liées aux services que ceux-ci exécutent pour le compte de cette dernière pendant qu'ils exercent leur mandat, et ce jusqu'à concurrence de six mois de salaire. [Emphasis added.]

The English wording has remained the same. Moreover, the above section was not intended to alter the substance of the earlier law:

Consolidated statutes . . . should be viewed as "declaratory of the law": although they may bring changes to the law, these are deemed to be purely formalistic.

(P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 433.)

En spécifiant que les sommes acquittées par un administrateur pouvaient être répétées contre les autres administrateurs, la loi fédérale a évité de reproduire l'une des failles inhérentes au texte américain. De même, en faisant reposer cette responsabilité sur les épaules des administrateurs plutôt que sur celles des actionnaires, la disposition fédérale a évité le problème posé par la responsabilité éventuelle de petits actionnaires ne jouant aucun rôle dans l'administration de la société. En revanche, contrairement à son pendant new-yorkais, le texte canadien n'a jamais adopté une définition spécifique des sommes visées par le recours. Les modifications les plus significatives ont consisté à réduire le plafond de la responsabilité des administrateurs à six mois de salaire (S.C. 1877, ch. 43, art. 69); à abréger le délai à l'intérieur duquel la société devait être poursuivie à six mois, plutôt qu'un an, à compter de l'exigibilité de la dette (S.C. 1934, ch. 33, art. 96); à remplacer l'énumération des bénéficiaires par le terme générique «employé», et à modifier le moment de la survenance de la faillite de la société sous le chapitre des conditions de recevabilité du recours (S.C. 1974-75-76, ch. 33, art. 114). Bien qu'une modification soit intervenue postérieurement à la naissance du litige, celle-ci ne saurait nous guider dans la résolution du présent pourvoi. Suite à la refonte générale du 12 décembre 1988, le texte français du par. 119(1) de la *Loi sur les sociétés par actions* se lit, en effet, comme suit:

119. (1) Les administrateurs sont solidairement responsables, envers les employés de la société, des dettes liées aux services que ceux-ci exécutent pour le compte de cette dernière pendant qu'ils exercent leur mandat, et ce jusqu'à concurrence de six mois de salaire. [Je souligne.]

Le texte anglais est demeuré le même. De surcroît, l'article précité n'est pas censé modifier le fond du droit antérieur:

. . . les lois de refonte ne sont pas censées être de droit nouveau: les commissions de refonte peuvent apporter des modifications aux textes refondus, mais ces modifications sont censées n'être que de pure forme.

(P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), à la p. 497.)

Accordingly, the issue in this case is whether, in the absence of a specific definition of the nature of the debts Parliament had in mind, s. 114(1) *C.B.C.A.* applies to amounts awarded by a court as pay in lieu of notice. Parliament places the liability imposed by s. 114(1) *C.B.C.A.* on the shoulders of directors, on the one hand, for the benefit of a particular category of creditors, on the other. While clarifying the context of the remedy, both the case law and the doctrine indicate that these two facets are inseparable from its purpose.

(C) Purpose and Context of the Remedy

The primary purpose of the remedy provided for in s. 114(1) *C.B.C.A.* is to protect employees in the event of bankruptcy or insolvency of the corporation. This protection is part of a range of legislative measures which go far beyond the bounds of company law:

[TRANSLATION] According to traditional wisdom, Parliament always was or should have been concerned with protecting employees affected by bankruptcy or insolvency.

This concern to provide protection can take various forms. It can be demonstrated by giving priority to a wage claim against the debtor's assets or against immovable property the value of which was increased by the employee's work, up to the amount of the value added. It can also take the form of providing a preferred claim in the debtor's bankruptcy or in the liquidation of the company.

In addition to these measures ... the protection of employees can take the form of a remedy against third parties, primarily the bank which has taken possession of the debtor's assets under s. 178(6) of the *Bank Act*, the beneficiary of an assignment of inventory and the directors of an insolvent company. [Emphasis added.]

(A. Bohémier and A.-M. Poliquin, "Réflexion sur la protection des salariés dans le cadre de la faillite ou de l'insolvabilité" (1988), 48 *R. du B.* 75, at p. 81.)

This overview of the general context indicates that the recourse provided for in s. 114(1) *C.B.C.A.* is distinguishable because it is brought against

Dès lors, le litige consiste à déterminer si, en l'absence de définition spécifique de la nature des dettes visées par le législateur, le par. 114(1) *L.S.C.C.* englobe les sommes allouées par un tribunal à titre d'indemnité de cessation d'emploi. Le législateur fait reposer la responsabilité prévue au par. 114(1) *L.S.C.C.* sur les épaules des administrateurs, d'une part, au profit d'une catégorie particulière de créanciers, de l'autre. Tout en éclairant le contexte dans lequel s'insère le recours, la jurisprudence et la doctrine démontrent que ces deux facettes sont indissociables de son objet.

C) L'objet et le contexte du recours

L'objet premier du recours prévu au par. 114(1) *L.S.C.C.* est de protéger les employés en cas de faillite et d'insolvabilité de la société. Cette protection participe d'un éventail de mesures législatives qui débordent largement le droit des compagnies:

Selon le credo traditionnel, le législateur a toujours ou aurait toujours dû avoir le souci de protéger les salariés dans le cadre de la faillite ou de l'insolvabilité.

Ce souci de protection peut prendre diverses formes. Il peut se manifester par la reconnaissance du caractère privilégié de la créance salariale contre les biens du débiteur ou contre l'immeuble dont la valeur a été augmentée par les travaux de l'employé, jusqu'à concurrence de la plus-value donnée. Il s'exprime encore par l'attribution d'une réclamation *préférée* ou privilégiée dans la faillite du débiteur ou dans la liquidation de la compagnie.

Outre ces mesures [...], la protection des salariés peut prendre la forme d'un recours contre des tierces personnes, soit principalement la banque qui a pris possession des actifs du débiteur en vertu de l'article 178(6) de la *Loi sur les banques*, le bénéficiaire d'une cession de biens en stock et les administrateurs d'une compagnie insolvable. [Je souligne.]

(A. Bohémier et A.-M. Poliquin, «Réflexion sur la protection des salariés dans le cadre de la faillite ou de l'insolvabilité» (1988), 48 *R. du B.* 75, à la p. 81.)

Cet aperçu du contexte permet de constater que le recours prévu au par. 114(1) *L.S.C.C.* se démarque, avant tout, par le fait qu'il est axé sur

third parties, the directors. The observations of Hall J. in *Fee v. Turner* (1904), 13 Que. K.B. 435, clearly summarize the rationale underlying the remedy itself (at p. 446):

For lack of any other reason it occurs to me that what must have been had in view, was to protect to a limited extent those who were employed by such companies in positions which do not enable them to judge with any special intelligence what is the company's real financial position. The directors have personally this knowledge or should have it, and if, aware of the company's embarrassed affairs, and specially of the danger of a speedy collapse and insolvency, they continue to utilize the services of employees who have no means of securing this knowledge and who give their time and labour upon their sole reliance, often, on the good faith and respectability of the company's directors, it is not inequitable that such directors should be personally liable, within reasonable limits, for arrears of wages, thus given to their service.

Scholarly commentary has endorsed these observations concerning the purpose of the protection inherent in such measures. Thus, distinguishing employees from the corporation's other creditors, Professor Marie-Louis Beaulieu dismisses as follows the argument that directors' liability is penal in nature:

[TRANSLATION] And why would this penalty involve requiring them to pay the employees rather than the company's other creditors?

It will perhaps be said that such creditors deserve special consideration by the law: that is very true; and it is more logical to say that Parliament wished to protect the worker and nothing more, to give him a remedial action, a guarantee of payment, in view of his often difficult situation. As he has nothing to do with administration, he should not suffer the consequences of a disaster; he does not speculate, he will be paid for what his work is worth, whatever the company's profits.

(«De la responsabilité des directeurs de compagnies pour le salaire des employés» (1930-31), 9 *R. du D.* 218 and 483, at p. 220.)

Iacobucci, Pilkington and Prichard similarly justify the protection at issue here by the special vul-

des tierces personnes, les administrateurs. Les remarques du juge Hall dans l'affaire *Fee c. Turner* (1904), 13 B.R. 435 résument bien la philosophie sous-jacente au recours lui-même (à la p. 446):

[TRADUCTION] En l'absence de tout autre motif, il me semble qu'on a forcément voulu protéger dans une certaine mesure ceux qui étaient employés par ces sociétés dans des postes qui ne leur permettent pas de juger de manière spécialement éclairée de la véritable situation financière de la société. Les administrateurs sont personnellement au courant de cette situation ou devraient l'être, et si, tout en étant conscients de la situation délicate de la société et particulièrement du risque d'effondrement rapide et d'insolvabilité, ils continuent d'avoir recours aux services des employés qui n'ont aucun moyen d'obtenir ces renseignements et qui consacrent leur temps et leur travail, souvent, en se fiant uniquement à la bonne foi et à la respectabilité des administrateurs de la société, il n'est pas inéquitable que ces administrateurs soient tenus personnellement responsables, dans des limites raisonnables, de l'arriéré des salaires versés en rémunération de leurs services.

La doctrine a endossé ces remarques quant à l'objet de la protection inhérente à de telles mesures. Ainsi, en distinguant les employés des autres créanciers de la société, le professeur Marie-Louis Beaulieu écarte, comme suit, l'argument voulant que la responsabilité des administrateurs soit de nature pénale:

Et pourquoi cette pénalité consisterait-elle à leur faire payer les salariés plutôt que les autres créanciers de la compagnie?

On répondra peut-être que ces créanciers méritent une faveur spéciale de la loi. Précisément. Et alors, il est plus logique de dire que le législateur a voulu protéger l'ouvrier et rien de plus, lui donner un recours réparateur, une garantie de paiement, vu sa condition souvent pénible. Étranger à l'administration, il ne doit pas subir la conséquence d'un désastre; il ne spéculé pas, son travail sera payé ce qu'il vaut, quels que soient les bénéfices de l'entreprise.

(«De la responsabilité des directeurs de compagnies pour le salaire des employés» (1930-31), 9 *R. du D.* 218 et 483, à la p. 220.)

Iacobucci, Pilkington et Prichard justifient, de même, la protection dont il est ici question par la

nerability of employees as compared with other creditors of the corporation:

This liability is an intrusion on the principle of corporate personality and limited liability, but it can be justified on the grounds that directors who authorize or acquiesce in the continued employment of workers when the corporation is not in a position to pay them should not be able to shift the loss onto the shoulders of the employees. Other creditors who supply goods and services to a failing corporation are not entitled to this kind of preference, but neither are they as dependent on the corporation as employees, nor as vulnerable.

(*Canadian Business Corporations* (1977), at p. 327.)

See also Raymond A. Landry, "Deux questions de politique législative en matière de faillite et d'insolvabilité: l'indemnisation des salariés et les traitements préférentiels" (1986), 17 *R.G.D.* 305, at pp. 310-11.

Section 114(1) *C.B.C.A.* is located within a specific legal framework. In terms of the general principles governing company law, the provision is exceptional in at least three respects. First, the rule departs from the fundamental principle that a corporation's legal personality remains distinct from that of its members. In so doing, s. 114(1) *C.B.C.A.* creates an exception to the more general principle that no one is responsible for the debts of another. Further, unlike other statutory rules which may impose personal liability on directors, s. 114(1) *C.B.C.A.* does not contain an exculpatory clause as such:

Contrary to the liability resulting from the inappropriate declaration of dividends, inappropriate financial assistance to shareholders and other statutorily created liabilities of directors, the statutes do not contain any exculpatory availabilities with respect to unpaid wages: the mere fact of having been a director at the time that the services were rendered by the employee renders the directors jointly and severally liable, provided the various statutory procedural requirements are fulfilled by the employee.

vulnérabilité particulière des employés par rapport aux autres créanciers de la société:

[TRADUCTION] Cette responsabilité empiète sur le principe de la personnalité morale et de la responsabilité limitée, mais elle peut être justifiée pour le motif que les administrateurs qui autorisent ou permettent l'emploi continu de travailleurs lorsque la société n'est pas en mesure de les rémunérer ne devraient pas pouvoir transférer la perte sur les épaules des employés. Les autres créanciers qui fournissent des biens et services à une société en difficulté n'ont pas droit à ce genre de privilège mais ils ne dépendent pas non plus autant de la société que les employés et ne sont pas aussi vulnérables.

(*Canadian Business Corporations* (1977), à la p. 327.)

Voir également Raymond A. Landry, «Deux questions de politique législative en matière de faillite et d'insolvabilité: l'indemnisation des salariés et les traitements préférentiels» (1986), 17 *R.G.D.* 305, aux pp. 310 et 311.

Le paragraphe 114(1) *L.S.C.C.* s'insère dans un cadre juridique particulier. Dans le contexte des principes généraux qui régissent le droit des compagnies, cette disposition est exceptionnelle et ce, sous au moins trois chapitres. D'abord, il s'agit d'une règle qui déroge au principe de base voulant que la personnalité juridique de la société demeure distincte de celle de ses membres. Ce faisant, le par. 114(1) *L.S.C.C.* écarte le principe plus général selon lequel nul n'est responsable des dettes d'autrui. D'autre part, contrairement aux autres règles statutaires qui sont susceptibles d'entraîner la responsabilité personnelle des administrateurs, le par. 114(1) *L.S.C.C.* ne renferme pas, comme tel, de clause d'exonération:

[TRADUCTION] Contrairement à la responsabilité qui résulte de la déclaration inopportune de dividendes, de l'aide financière inopportune à des actionnaires et d'autres responsabilités légales des administrateurs, les lois ne contiennent aucune mesure disculpatoire en ce qui a trait aux salaires impayés: le simple fait d'avoir été administrateur au moment où les services ont été fournis par l'employé rend les administrateurs conjointement et solidairement responsables, pourvu que l'employé respecte les diverses exigences légales en matière de procédure.

The only possible exculpation, therefore, is proof by the director that he was *not* a director at the time the liability was incurred, that he was not sued within the proper prescriptive or statute of limitations periods, or that the employee did not fulfil the relevant statutory pre-conditions which give rise to the directors' liability. [Emphasis in original.]

(Yoine Goldstein, "Bankruptcy As It Affects Third Parties: Some Aspects", in Meredith Memorial Lectures 1985, *Bankruptcy—Present Problems and Future Perspectives* (1986), 198, at p. 212.)

Finally, the provision in question imposes on directors a positive obligation. This distinguishes it from most statutory rules, which prohibit directors from engaging in certain acts or transactions. As Marc Chabot points out:

[TRANSLATION] In general, the statutory liability of directors involves the prohibition of certain actions. Liability is then associated with a decision which they took at some point on their own initiative. The obligation imposed on them is to avoid certain decisions in certain circumstances. The liability of directors for unpaid wages is perhaps the only case where a positive obligation is imposed on them: they must ensure that wages are paid in the event of bankruptcy or insolvency.

(*La protection des salaires en cas de faillite ou d'insolvabilité* (1985), at p. 91.)

It is against this background that the present appeal must be considered. While its purpose is to ensure that certain sums, including wages, are paid to employees in the event the corporation becomes bankrupt or insolvent, s. 114(1) *C.B.C.A.* constitutes a major exception to the fundamental principles of company law applicable to directors' liability. As we have seen, it also overrides the more general principle that no one is liable for the debts of another.

In this regard, there are two important parameters in connection with the employee's remedy. First, the directors' maximum liability is set at six

Par conséquent, la seule excuse possible est la preuve par l'administrateur qu'il *n'était pas* administrateur au moment où la responsabilité a été engagée, qu'il n'a pas été poursuivi à l'intérieur des délais de prescription prévus ou que l'employé n'a pas rempli les conditions préalables pertinentes qui, selon la Loi, entraînent la responsabilité des administrateurs. [En italique dans l'original.]

(Yoine Goldstein, «Bankruptcy As It Affects Third Parties: Some Aspects», dans Conférences commémoratives Meredith 1985, *Les faillites: problèmes actuels et perspectives d'avenir* (1986), 198, à la p. 212.)

Enfin, la disposition en question oblige les administrateurs à poser un acte déterminé. Cette obligation se distingue, par là, de la plupart des règles statutaires qui consistent à interdire aux administrateurs de poser certains gestes ou transactions. Comme le souligne M^e Marc Chabot:

En général, la responsabilité statutaire des administrateurs concerne la prohibition ou l'interdiction de poser certains actes. La responsabilité est alors associée à une décision qu'ils ont prise à un moment précis et de leur propre initiative. L'obligation qui leur est imposée est de s'abstenir de prendre semblable décision en certaines circonstances. La responsabilité des administrateurs quant aux salaires impayés est peut-être le seul cas où une obligation positive leur est dévolue: ils doivent faire en sorte que les salaires soient payés en cas de faillite ou d'insolvabilité.

(*La protection des salaires en cas de faillite ou d'insolvabilité* (1985), à la p. 91.)

C'est sur cette toile de fond qu'il y a lieu d'examiner le présent pourvoi. Tout en ayant pour objet d'assurer que certaines sommes, parmi lesquelles le salaire, soient versées aux employés en cas de faillite ou d'insolvabilité de la société, le par. 114(1) *L.S.C.C.* constitue un accroc important aux principes de base du droit des compagnies relatifs à la responsabilité des administrateurs. Comme on l'a vu, il écarte, de même, le principe plus général voulant que nul ne soit responsable des dettes d'autrui.

À cet égard, deux paramètres importants viennent se greffer au recours de l'employé. En premier lieu, la responsabilité maximale des adminis-

months' wages. This parameter provides a ceiling which, while establishing a quantitative limit to the liability of the directors, does not in so doing determine the nature of the amounts covered by the action. The nature of the sums which Parliament had in mind must be considered instead from a second angle: regardless of quantum, the amounts claimed must be "debts . . . for services performed for the corporation". I therefore cannot subscribe to the appellants' arguments that the first question to be answered is whether the job loss compensation falls within the broad concept of "wages". In the context of s. 114(1) *C.B.C.A.*, the word "wages" refers solely to the quantum of the directors' liability and cannot in itself guide the Court in disposing of the present case.

The parameter which is at the heart of the appeal is therefore not the concept of "wages", but the expression "debts . . . for services performed for the corporation". In thus limiting the debts covered by the remedy, Parliament indicated that directors will not be personally liable for all debts assumed by the corporation to its employees. As Beaugard J.A. pointed out in *Schwartz v. Scott*, *supra*, at pp. 716-17:

[TRANSLATION] The purpose of this provision is not to make directors liable for all the debts which a corporation may at its option assume more or less retroactively to its employees for past services.

In order to determine whether the amounts awarded as job loss compensation are "debts . . . for services performed for the corporation", the nature of pay in lieu of notice of dismissal must therefore be examined in light of this criterion.

(D) *Pay in Lieu of Notice of Dismissal and Section 114(1) C.B.C.A.*

In the context of a contract of employment for an indefinite term, either of the parties may terminate the contract at any time by giving the other

trateurs est fixée à six mois de salaire. Ce paramètre constitue un plafond qui, en établissant une limite quantitative à la responsabilité des administrateurs, ne détermine pas, pour autant, la nature des sommes visées par le recours. La nature des sommes visées par le législateur doit plutôt être examinée à partir d'un deuxième jalon: indépendamment du quantum, les sommes réclamées doivent constituer des «dettes résultant de l'exécution [. . .] de services au profit de la société». Je ne puis donc souscrire aux prétentions des appelants à l'effet que la première question à résoudre consiste à déterminer si l'indemnité de cessation d'emploi fait partie de la notion élargie de «salaire». Dans le contexte du par. 114(1) *L.S.C.C.*, le mot «salaire» renvoie uniquement au quantum de la responsabilité des administrateurs et ne saurait, en soi, nous guider dans la résolution de la présente affaire.

Le paramètre qui est au cœur du pourvoi n'est donc pas le concept de «salaire», mais l'expression «dettes résultant de l'exécution [. . .] de services au profit de la société». En limitant ainsi les dettes visées par le recours, le législateur laisse entendre que ce ne sont pas toutes les dettes assumées par la société à l'égard de ses employés qui seront susceptibles d'engager la responsabilité personnelle des administrateurs. Comme l'a souligné le juge Beaugard dans l'affaire *Schwartz c. Scott*, précitée, aux pp. 716 et 717:

Le but de cette disposition n'est pas de rendre les administrateurs responsables de toutes les dettes qu'une société peut, à son choix, assumer d'une façon plus ou moins rétroactive à l'endroit de ses employés pour des services passés.

Afin de déterminer si les sommes allouées à titre d'indemnité de cessation d'emploi constituent des «dettes résultant de l'exécution [. . .] de services au profit de la société», il convient donc d'examiner la nature de l'indemnité de cessation d'emploi à la lumière de ce dernier critère.

D) *L'indemnité de cessation d'emploi et le par. 114(1) L.S.C.C.*

Dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée, l'une ou l'autre des parties peut y mettre fin en tout temps en donnant à l'autre un

reasonable notice (*Asbestos Corp. v. Cook*, [1933] S.C.R. 86, at pp. 99-100). The Quebec Court of Appeal restated the basis of this obligation in *Domtar Inc. v. St-Germain*, [1991] R.J.Q. 1271, at p. 1276:

[TRANSLATION] For all classes of employees not mentioned in art. 1668, the principle of a reasonable notice applies. This principle, deriving from the customs and usages of old French corporations, has been elevated to a legal obligation in Quebec civil law under art. 1024 of the *Civil Code*, which states:

The obligation of a contract extends not only to what is expressed in it, but also to all the consequences which, by equity, usage or law, are incident to the contract, according to its nature.

The main objective of this obligation is to give the employee the time to find a new job and the employer to find a new employee. Referring to Planiol and Ripert (*Traité pratique de droit civil français* (2nd ed. 1954), vol. 11, at pp. 102-3), the Quebec Court of Appeal mentions this objective in *Columbia Builders Supplies Co. v. Bartlett*, [1967] Que. Q.B. 111, at p. 113:

[TRANSLATION] The notice period is a period which anyone who takes the initiative in the termination must observe: it extends between the time notice of termination is given to the other party and the time he severs all working relations with that party. . . .

The purpose of this institution is to avoid the other party being prejudiced by the sudden work stoppage: by being thus warned in advance, the employer can hire a new employee in good time to replace the one leaving, without any interruption in the work; similarly, the employee has time to look for a new position and avoid unemployment.

When, without reasonable cause, one of the parties breaches the obligation to give notice, or gives notice for an insufficient period of time, that party is liable to pay contractual damages under art. 1065 *C.C.L.C.* (see G. Audet, R. Bonhomme and C. Gascon, *Le congédiement en droit québécois en matière de contrat individuel de travail* (3rd ed. 1991), at p. 2-1). Professor Breton clearly summarizes the connection between an

préavis raisonnable (*Asbestos Corp. c. Cook*, [1933] R.C.S. 86, aux pp. 99 et 100). La Cour d'appel du Québec a rappelé le fondement de cette obligation dans l'affaire *Domtar Inc. c. St-Germain*, [1991] R.J.Q. 1271, à la p. 1276:

Pour toutes les catégories d'employés non mentionnés à l'article 1668, c'est la théorie du délai raisonnable qui s'applique. Cette théorie découlant des coutumes et des usages des vieilles corporations françaises a été élevée en droit civil québécois au rang d'une obligation juridique, en vertu de l'article 1024 du *Code civil*, qui précise:

Les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage ou la loi.

L'objectif principal de cette obligation est de fournir à l'employé le temps de se trouver un nouvel emploi et à l'employeur de trouver un nouvel employé. Se référant à Planiol et Ripert (*Traité pratique de droit civil français* (2^e éd. 1954), t. 11, aux pp. 102 et 103), la Cour d'appel du Québec fait état de cet objectif dans l'affaire *Columbia Builders Supplies Co. c. Bartlett*, [1967] B.R. 111, à la p. 113:

Le délai-congé est un délai que doit respecter celui qui prend l'initiative de la rupture; il s'écoule entre le moment où il signifie cette rupture à l'autre partie et le moment où il rompt avec elle toutes relations de travail. . . .

Cette institution a pour objet d'éviter à l'autre partie le préjudice résultant de la brusque cessation du travail: ainsi prévenu à l'avance, l'employeur peut embaucher en temps utile un nouvel employé pour remplacer celui qui part, sans qu'il y ait interruption dans le travail; dans les mêmes conditions, l'employé a le temps de chercher une nouvelle place et d'éviter le chômage.

Lorsqu'en l'absence de cause raisonnable, l'une des parties contrevient à son obligation de fournir un préavis, ou donne un préavis dont la durée est insuffisante, celle-ci est passible de dommages-intérêts contractuels en vertu de l'art. 1065 *C.C.B.-C.* (voir G. Audet, R. Bonhomme et C. Gascon, *Le congédiement en droit québécois en matière de contrat individuel de travail* (3^e éd. 1991), à la p. 2-1). Le professeur Breton

employer's contractual fault and the compensatory allowance awarded by the court:

[TRANSLATION] The rules for a contract of employment for an indefinite term are that the employer can terminate it by giving the employee sufficient notice. This means that the employer has no obligation to go on providing work to an employee and, without reasonable cause, can terminate the contract at any time so long as this obligation of giving reasonable notice or the payment of wages in lieu thereof is satisfied. For this type of contract, the question of law which first arises is not whether the employer was entitled to terminate the contract, unless of course the employer relies on reasonable cause, but is rather the notice to which the employee was entitled in the circumstances. This compensation for notice which may be awarded by the judge is to redress the damage resulting from the employer's fault in terminating the contract without meeting his obligation to give sufficient notice, assuming there was no reasonable cause of dismissal. [Emphasis added.]

(«L'indemnité de congédiement en droit commun» (1990), 31 *C. de D.* 3, at pp. 8-9.)

In light of the foregoing, it seems necessary to mention two separate errors made by the lower courts. These relate, first, to the characterization of the amounts awarded by the Superior Court, and second, to the requirements of s. 114(1) *C.B.C.A.*

After stressing that the notice of dismissal was mandatory and necessary, the trial judge concluded (at p. 12):

[TRANSLATION] The notice period is therefore not comparable to damages since its purpose is to minimize the impact of the job loss by allowing the employee to make reasonable advance provision for the effects of dismissal. Reasonable notice of dismissal is therefore an integral part of the employment contract for an indefinite term, as was the case with the plaintiffs. Accordingly, this debt is associated with the performance of services for the corporation. [Emphasis added.]

With respect, the outcome of the appeal cannot depend simply on whether or not the obligation to give reasonable notice is part of the contract for an indefinite term. First, since the employer's failure

résume bien le lien entre la faute contractuelle d'un employeur et l'indemnité compensatrice allouée par le tribunal:

Les règles du contrat de travail à durée indéterminée sont à l'effet que l'employeur peut y mettre fin en donnant à l'employé un préavis suffisant. C'est dire que l'employeur n'a aucune obligation de continuer à fournir du travail à un employé et, sans cause raisonnable, il peut mettre fin au contrat en tout temps, pour autant qu'il satisfasse à cette obligation de fournir le préavis raisonnable ou encore le paiement du salaire en tenant lieu. Pour ce type de contrat, la question de droit qui se pose d'abord n'est pas celle de savoir si l'employeur avait le droit de mettre fin au contrat, à moins bien sûr que l'employeur n'invoque la cause raisonnable, mais bien plutôt celle portant sur le préavis auquel avait droit l'employé dans les circonstances. Cette indemnité de préavis accordée éventuellement par le juge vient corriger les dommages résultant de la faute de l'employeur qui a mis fin au contrat sans remplir son obligation de préavis suffisant, étant entendu qu'il n'y avait pas cause raisonnable de renvoi. [Je souligne.]

(«L'indemnité de congédiement en droit commun» (1990), 31 *C. de D.* 3, aux pp. 8 et 9.)

À la lumière de ce qui précède, il m'apparaît nécessaire de faire état de deux erreurs distinctes commises par les tribunaux d'instance. Celles-ci ont trait, d'une part, à la qualification des sommes allouées par la Cour supérieure, et aux exigences du par. 114(1) *L.S.C.C.*, de l'autre.

Après avoir souligné que le préavis de départ était obligatoire et nécessaire, le juge de première instance a conclu (à la p. 12):

Le délai-congé n'est donc pas assimilable à des dommages-intérêts puisqu'il vise à atténuer l'impact de la perte de l'emploi en permettant à l'employé de prévoir raisonnablement à l'avance les effets du licenciement. L'avis de congé raisonnable fait donc partie intégrante du contrat de travail à durée indéterminée, comme ce fut le cas pour les demandeurs. Dès lors, cette dette est liée à l'exécution de services au profit de la société. [Je souligne.]

Avec égards, la résolution du pourvoi ne saurait se résumer au fait que l'obligation de fournir un préavis raisonnable fasse ou non partie du contrat à durée indéterminée. En premier lieu, puisque le

to give reasonable notice is a contractual fault, the penalty for that failure must necessarily take the form of contractual damages. Second, as I noted earlier, the purpose of s. 114(1) *C.B.C.A.* is not to cover all debts assumed by the corporation to its employees. This point cannot be disregarded. Accordingly, the fact that the employer has an obligation under a contract of employment cannot in itself be conclusive for purposes of an action brought by the employee.

On the other hand, the fact that an obligation imposed on the employer is not expressed in specific monetary terms under the law or in the employment contract cannot be a bar to a remedy under s. 114(1) *C.B.C.A.* By concluding that this provision applied only to a debt [TRANSLATION] “the amount of which is known because the rates are specified in the employment contract (individual or collective, as the case may be) or by law” (p. 1196), the Court of Appeal added a condition that is not found in the wording of the provision. Section 114(1) *C.B.C.A.* establishes a quantitative limit on the amounts for which directors will be personally liable, and that is a sum equivalent to six months’ wages. Directors are therefore in a position to know in advance the maximum amount of their potential liability in the event the company becomes bankrupt or insolvent. For the purposes of the present appeal, it does not seem necessary to dispose of the controversy that may arise as to the interpretation of the word “debts” taken in isolation. I am thus prepared to assume, without deciding, that the amounts payable in lieu of notice of dismissal are “debts” within the meaning of s. 114(1) *C.B.C.A.* However, the appellants’ appeal must fail on another ground.

The term “debts” cannot be dissociated from the context in which it is used. According to the language used by Parliament, the debts must result from “services performed for the corporation”. An amount payable in lieu of notice does not flow from services performed for the corporation, but

défaut par l’employeur de fournir un préavis raisonnable constitue une faute contractuelle, la sanction de ce défaut est nécessairement appelée à prendre la forme de dommages-intérêts contractuels. D’autre part, comme je l’ai souligné plus haut, le par. 114(1) *L.S.C.C.* n’a pas pour objet d’englober toutes les dettes assumées par la société à l’égard de ses employés. Cette nuance est incontournable. Par conséquent, le fait qu’une obligation soit à la charge de l’employeur en vertu d’un contrat de travail ne saurait constituer, en soi, un facteur déterminant aux fins du recours exercé par l’employé.

En revanche, le fait qu’une obligation à la charge de l’employeur ne soit pas traduite en termes monétaires précis en vertu de la loi ou du contrat de travail ne saurait constituer une fin de non recevoir au recours prévu au par. 114(1) *L.S.C.C.* En estimant que cette disposition ne visait que les dettes «dont le montant est connu parce que les taux sont déterminés selon le contrat de travail (individuel ou collectif selon le cas) ou la loi» (p. 1196), la Cour d’appel a ajouté une condition que l’on ne retrouve pas dans le texte de la disposition. Le paragraphe 114(1) *L.S.C.C.* établit une limite quantitative pour laquelle les administrateurs seront personnellement responsables, soit une somme équivalente à six mois de salaire. Les administrateurs sont donc en mesure de connaître, à l’avance, le montant maximal de leur responsabilité éventuelle en cas de faillite ou d’insolvabilité de la société. Aux fins du présent pourvoi, il ne me paraît pas nécessaire de disposer de la controverse qui peut se soulever quant à l’interprétation du mot «dettes» pris isolément. Je suis donc prête à assumer, sans en décider, que les sommes payables à titre d’indemnité de cessation d’emploi constituent des «dettes» au sens du par. 114(1) *L.S.C.C.* Le pourvoi des appelants doit cependant échouer pour un autre motif.

Le terme «dettes» ne peut, en effet, être dissocié du contexte dans lequel il se trouve énoncé. Suivant les termes employés par le législateur, les dettes doivent résulter de «l’exécution [. . .] de services au profit de la société». Or, la somme payable à titre d’indemnité de cessation d’emploi

rather from the damage arising from non-performance of a contractual obligation to give sufficient notice. The wrongful breach of the employment relationship by the employer is the cause and basis for the amounts awarded by the Superior Court as pay in lieu of notice. It is primarily for this reason that the Ontario Court of Appeal has excluded this type of compensation from the scope of s. 114(1) *C.B.C.A.* (see *Mesheau v. Campbell*, *supra*, at p. 157, and *Mills-Hughes v. Raynor* (1988), 47 D.L.R. (4th) 381, at pp. 386-87). In the absence of additional legislative indicia, the performance of services by the employee remains the cornerstone of the directors' personal liability for debts assumed by the corporation. On the pretext of a broad interpretation, this Court cannot add to the text of the provision words which it does not contain. Taking account of the context in which s. 114(1) *C.B.C.A.* was enacted and the nature of the specific liability which departs from what the law ordinarily prescribes, it seems to me that only one conclusion logically follows.

In support of their arguments the appellants cited the Quebec Court of Appeal in *Schwartz v. Scott*, *supra*, and the Saskatchewan Court of Appeal in *Meyers v. Walters Cycle Co.* (1990), 85 Sask. R. 222. However, those two judgments can be distinguished from the case at bar.

In *Schwartz* the Court of Appeal held that the pay in lieu of notice provided for in the collective agreement was an amount for which the directors were personally liable. Under the collective agreement in that case, the employees were entitled to such compensation not only in the event of dismissal but also in the event of voluntary resignation. These amounts could therefore be regarded as "debts . . . for services performed for the corporation", as the employees were entitled thereto simply because they had worked for a certain time. The judgment of the Saskatchewan Court of Appeal in *Meyers* was concerned not with s. 114(1) *C.B.C.A.* but with s. 114 of the *Business*

découle non pas de services exécutés au profit de la société, mais du préjudice qui est lié à l'inexécution d'une obligation contractuelle, celle de fournir un préavis suffisant. Les sommes allouées par la Cour supérieure à titre d'indemnité de cessation d'emploi ont pour cause, et fondement, la rupture fautive du lien d'emploi par l'employeur. C'est principalement pour ce motif que la jurisprudence de la Cour d'appel de l'Ontario a exclu ce genre d'indemnités du bénéfice du par. 114(1) *L.S.C.C.* (voir *Mesheau c. Campbell*, précité, à la p. 157, et *Mills-Hughes c. Raynor* (1988), 47 D.L.R. (4th) 381, aux pp. 386 et 387). En l'absence de jalons législatifs additionnels, l'exécution de services par l'employé demeure la pierre angulaire de la responsabilité personnelle des administrateurs pour les dettes assumées par la société. Notre Cour ne saurait, sous le couvert d'une interprétation extensive, ajouter au texte de la disposition des mots qui ne s'y trouvent pas exprimés. En conjuguant le contexte d'énonciation du par. 114(1) *L.S.C.C.* à la nature de la responsabilité ici en jeu, exorbitante du droit commun sous plusieurs chapitres, il m'apparaît que la conclusion s'impose d'elle-même.

Les appelants ont cité, à l'appui de leurs prétentions, les conclusions de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Schwartz c. Scott*, précité, et de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *Meyers c. Walters Cycle Co.* (1990), 85 Sask. R. 222. Ces deux décisions se distinguent, cependant, de la présente affaire.

Dans l'affaire *Schwartz*, la Cour d'appel a jugé que l'indemnité de départ prévue dans la convention collective de travail constituait une somme dont les administrateurs étaient personnellement responsables. Or, en vertu de la convention collective en l'espèce, les employés avaient droit à cette indemnité non seulement en cas de congédiement, mais également en cas de démission volontaire. Ces sommes pouvaient donc être assimilées à des «dettes résultant de l'exécution [. . .] de services au profit de la société» car les employés y avaient droit du simple fait d'avoir travaillé pendant une certaine période. Quant à l'arrêt *Meyers*, la décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan ne por-

Corporations Act, R.S.S. 1978, c. B-10, which reads:

114. Directors of a corporation are jointly and severally liable, in accordance with *The Labour Standards Act*, to employees of the corporation for all debts payable to each such employee for services performed for the corporation while they are such directors respectively.

First, it is worth noting that provincial legislation provides, on a variety of conditions and to varying degrees, more or less extensive benefits for employees (see for example the *Companies Act*, R.S.Q., c. C-38, s. 96; the *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 131; and the *Business Corporations Act*, S.A. 1981, c. B-15, s. 114). Moreover, the Court of Appeal relied chiefly on the definition of the term "wages" in the *Labour Standards Act*, R.S.S. 1978, c. L-1, s. 2, in concluding that the directors could be personally liable for the damages claimed for wrongful dismissal. That section reads as follows:

2. In this Act:

(r) "wages" means all wages, salaries, pay, commission and any compensation for labour or personal services, whether measured by time, piece or otherwise, to which an employee is entitled;

Without commenting on the conclusion reached by the Court of Appeal in that case, it is important to note that, like the legislation of New York State since 1952, the Saskatchewan legislature has formulated its own definition of the sums that may fall within the directors' personal liability. Relying on this definition, therefore, the Court of Appeal was called upon to implement the legislative intent as expressed in the legislation in question. That is not the case here: the only benchmark provided by the wording of s. 114(1) *C.B.C.A.* is the performance by the employee of services for the corporation. In matters of statutory interpretation the courts cannot usurp the function of the legislature in the absence of clear language and legislative

tait pas sur le par. 114(1) *L.S.C.C.*, mais sur l'art. 114 de la *Business Corporations Act*, R.S.S. 1978, ch. B-10, qui se lit:

[TRADUCTION] 114. Durant leur mandat, les administrateurs d'une société sont, conformément à *The Labour Standards Act*, conjointement et solidairement responsables envers les employés de la société de toutes les dettes payables à chacun de ces employés pour des services fournis à la société.

D'abord, il me paraît important de noter que d'autres lois provinciales procurent, à des conditions et degrés divers, des avantages plus ou moins étendus aux employés (voir, par exemple, la *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., ch. C-38, art. 96; la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 131; et la *Business Corporations Act*, S.A. 1981, ch. B-15, art. 114). D'autre part, c'est en se fondant principalement sur la définition du terme [TRADUCTION] «salaire» de la *Labour Standards Act*, R.S.S. 1978, ch. L-1, art. 2, que la Cour d'appel a conclu que les dommages réclamés à titre de congédiement injustifié étaient susceptibles d'entraîner la responsabilité personnelle des administrateurs. Cet article est à l'effet suivant:

[TRADUCTION] 2. Dans la présente loi,

r) «salaire» désigne tous traitement, rétribution, paie, commission et rémunération pour un travail ou des services personnels, évalués en temps, à la pièce ou autrement, auxquels un employé a droit.

Sans vouloir me prononcer sur la conclusion retenue par la Cour d'appel dans cette affaire, il est important de noter que, tout comme la législation de l'État de New York depuis 1952, la législature de la Saskatchewan a formulé sa propre définition des sommes susceptibles d'être englobées sous le chapitre de la responsabilité personnelle des administrateurs. Par le biais d'une telle définition, la Cour d'appel était donc invitée à mettre en œuvre l'intention de la législature telle qu'exprimée dans le texte de loi en question. Tel n'est pas le cas ici: le seul jalon posé par le texte du par. 114(1) *L.S.C.C.* est l'exécution, par l'employé, de services au profit de la société. Or, en matière d'interprétation statutaire, les tribunaux ne sauraient se substi-

guidelines leading inevitably to a given conclusion. As Professor Côté points out, *supra*, at p. 248:

It would be unfair for the courts to impose a legislative intent, however true it might be, that the citizen could not infer from the text considered in its context. The interpretative role of the courts does not allow them to add terms to a statute that are not already implicit therein. Even in the name of true intention, they may not override the public's reasonable expectation of the statute's meaning, as revealed by the words read in context. This is true even if the results of interpretation obtained by reading the text in its context are less satisfactory than those resulting from inferred intention: "... it is better the law should be certain, than that every judge should speculate upon improvements in it". [Emphasis added.]

(E) *Conclusion*

As with the examination of context surrounding the remedy provided for in s. 114(1) *C.B.C.A.*, reference to comparative law makes it clear that the ambiguity of the provision in question should not be resolved by a mechanical application of a given rule of construction. Although the purpose of this provision is to ensure that certain sums are paid to employees in the event that the corporation becomes bankrupt or insolvent, the rule it states cannot be separated from either the legal context or the language in which Parliament has chosen to state the rule. In such circumstances, amounts awarded by a court for damages the basis of which is located, as here, in the non-performance of a contractual obligation and the wrongful breach of a contract of employment by the employer are not "debts . . . for services performed for the corporation" for which the corporation's directors can thus be personally liable.

However much sympathy one may feel for the appellants, who have here been deprived of certain benefits resulting from the contract of employment with their employer, that does not give a court of law the authority to confer on them rights which Parliament did not intend them to have. In the

tuer au législateur en l'absence de termes clairs et de jalons législatifs susceptibles d'imposer une conclusion donnée. Comme le souligne le professeur Côté, *op. cit.*, aux pp. 277 et 278:

On ne doit pas pouvoir opposer au justiciable une intention, quelque authentique qu'elle soit, qu'il n'avait aucun moyen de déduire du texte considéré dans son contexte d'énonciation. Un tribunal ne peut, dans sa tâche d'interprétation, ajouter à la loi des termes qui n'y sont pas implicites. Il ne devrait pas, même au nom de l'intention véritable (pour autant qu'on puisse la découvrir hors du texte) tromper les attentes qu'un justiciable a pu former en raison de la manière dont le texte est rédigé et du contexte de son énonciation. Cela est vrai même si la solution qui découle du texte lu dans son contexte paraît moins bonne que celle qui résulterait de l'intention supposée: «Plutôt une loi certaine que les conjectures des juges sur les améliorations à lui apporter». [Je souligne.]

E) *Conclusion*

Tout comme le contexte dont fait partie le recours prévu au par. 114(1) *L.S.C.C.*, l'éclairage particulier fourni par le droit comparé démontre que l'ambiguïté du texte en question ne saurait se résoudre à l'application mécanique d'une règle d'interprétation donnée. Bien que cette disposition ait pour objet d'assurer que certaines sommes soient versées aux employés en cas de faillite ou d'insolvabilité de la société, la règle qui s'y trouve énoncée est indissociable et du cadre juridique et des termes par lesquels le législateur a choisi de s'exprimer. Dans ces conditions, les sommes allouées par un tribunal en fonction d'un préjudice dont le fondement réside, comme c'est le cas en l'espèce, dans l'inexécution d'une obligation contractuelle et la rupture fautive du contrat de travail par l'employeur ne constituent pas des «dettes résultant de l'exécution [. . .] de services au profit de la société» susceptibles d'entraîner, par là, la responsabilité personnelle des administrateurs d'une société.

Quelle que soit la sympathie que l'on puisse éprouver à l'endroit des appelants privés, en l'espèce, de certains avantages découlant du contrat de travail avec leur employeur, elle n'autorise pas une cour de justice à leur conférer des droits que le législateur n'a pas entendu leur donner. En l'ab-

absence of the provision here at issue, the employees would have suffered the same fate as any creditor dealing with an insolvent debtor, in this case the bankrupt employer. The Act provides a remedy, giving them recourse against the directors of the corporation, but it has limited that remedy both in quantity and in duration. Only Parliament is in a position, if it so wishes, to extend these benefits after weighing the consequences of so doing. This, in the final analysis, remains a political choice and cannot be the function of the courts.

With respect to costs, it seems to me that, given the circumstances of this case, the nature of the remedy and the ambiguity of the provision in question, each party should bear its own costs.

For these reasons I would dismiss the appeal, without costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Bertrand, Larochelle, Québec.

Solicitors for the respondents: McCarthy Tétrault, Montréal.

sence de la loi ici en question, les employés auraient subi le sort de tout créancier face à un débiteur insolvable, ici l'employeur en faillite. La loi se veut «rémédiatrice» en leur procurant un recours contre les administrateurs de la société, mais elle a limité ce recours et en quantité et en durée. Seul le législateur est en mesure, s'il le désire, d'étendre ces avantages après en avoir pesé les conséquences, ce qui demeure, en dernière analyse, un choix politique qui ne saurait être l'apanage des tribunaux.

Quant aux frais, il m'apparaît que les circonstances de l'affaire, la nature du recours ainsi que l'ambiguïté du texte en question doivent conduire chaque partie à assumer ses propres dépens.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, le tout sans frais.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants: Bertrand, Larochelle, Québec.

Procureurs des intimés: McCarthy Tétrault, Montréal.

Abdul Rassoul Dehghani *Appellant*

v.

The Minister of Employment and Immigration *Respondent*

and

The Canadian Council of Refugees *Intervener*

INDEXED AS: DEGHANI v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)

File No.: 22153.

1992: December 2; 1993: March 25.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Examinations at port of entry by immigration officer — Convention refugee claimant — Secondary examination — Whether claimant detained and having right to counsel under s. 10(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to counsel — Examinations at port of entry by immigration officer — Convention refugee claimant — Secondary examination — Whether claimant having right to counsel under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Immigration — Examinations at port of entry by immigration officer — Convention refugee claimant — Secondary examination — Whether claimant having right to counsel under ss. 7 or 10(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

The appellant, a citizen of Iran, arrived in Canada without valid travel or identity documents and claimed Convention refugee status. At the airport, he entered a primary examination line and was subsequently referred to a secondary examination before an immigration

Abdul Rassoul Dehghani *Appellant*

c.

^a **Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration** *Intimé*

et

^b **Le Conseil canadien pour les réfugiés** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: DEGHANI c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION)

N^o du greffe: 22153.

1992: 2 décembre; 1993: 25 mars.

^d Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Examens qu'un agent d'immigration fait subir à un point d'entrée — Revendicateur du statut de réfugié au sens de la Convention — Examen secondaire — Le revendicateur a-t-il été détenu et avait-il droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés?*

^g *Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit à l'assistance d'un avocat — Examens qu'un agent d'immigration fait subir à un point d'entrée — Revendicateur du statut de réfugié au sens de la Convention — Examen secondaire — Le revendicateur avait-il droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?*

ⁱ *Immigration — Examens qu'un agent d'immigration fait subir à un point d'entrée — Revendicateur du statut de réfugié au sens de la Convention — Examen secondaire — Le revendicateur avait-il droit à l'assistance d'un avocat en vertu des art. 7 ou 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés?*

L'appelant, qui est citoyen iranien, est arrivé au Canada sans document de voyage ni pièce d'identité valides et a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention. À l'aéroport, il a fait la queue afin de subir un examen primaire et a ensuite été dirigé vers un agent

officer in another part of the airport, where he waited approximately four hours before the examination took place. In answering questions as to his claim to Convention refugee status, the appellant omitted important factual details. At the conclusion of the secondary examination, he was advised of his right to counsel to help him put forward his refugee claim. Following an inquiry, an adjudicator and an immigration refugee board member concluded that he did not have a credible basis for his refugee claim and issued an exclusion order. The Federal Court of Appeal dismissed the appellant's application to review and set aside the decision under s. 28 of the *Federal Court Act* and upheld the order. The majority of the court held that the appellant had not been "detained" in a manner contemplated by s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* prior to or during the secondary examination at the airport and, accordingly, that no obligation to inform him of his right to counsel arose. This appeal raises two issues: (1) whether the appellant was detained within the meaning of s. 10(b) of the *Charter* during his secondary examination at the airport; and (2) whether the appellant's rights under s. 7 of the *Charter* were infringed by the failure to provide him with counsel at the port of entry.

Held: The appeal should be dismissed.

(1) *Section 10(b)*

A secondary examination by an immigration officer at a port of entry does not constitute a "detention" within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*. The element of state compulsion is insufficient. The appellant's questioning in the secondary examination was a routine part of the general screening process for persons seeking entry to Canada. The questioning was purely for the purpose of processing his application for entry and determining the appropriate procedures which should be invoked in order to deal with his application for Convention refugee status. Travellers seeking to cross national boundaries fully expect to be subject to a screening process. In this case, there was no action on the part of the immigration authorities to indicate that the restriction on the appellant's freedom had gone beyond that required for the processing of his application for entry and had become a restraint of liberty. Further, there is no stigma associated with a referral to a secondary examination. The absence of stigma is

d'immigration pour subir un examen secondaire dans une autre partie de l'aéroport, où il a attendu environ quatre heures avant d'être interrogé. En répondant à des questions concernant sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, l'appelant a omis des faits importants. À la fin de l'examen secondaire, il a été informé qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat pour présenter sa revendication du statut de réfugié. À la suite d'une enquête, un arbitre et un membre de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ont conclu que sa revendication du statut de réfugié n'avait pas un minimum de fondement et ont prononcé une mesure d'exclusion. La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande de l'appelant fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, visant à réviser et à annuler cette décision, et a maintenu la mesure d'exclusion. La cour à la majorité a statué que l'appelant n'avait pas été «détenu» d'une manière envisagée par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, avant ou pendant l'examen secondaire effectué à l'aéroport, et que, par conséquent, il n'en résultait aucune obligation de l'informer de son droit à l'assistance d'un avocat. Deux questions sont soulevées dans le présent pourvoi: (1) l'appelant a-t-il été détenu au sens de l'al. 10b) de la *Charte* durant son examen secondaire à l'aéroport? et (2) l'omission de fournir à l'appelant les services d'un avocat au point d'entrée a-t-elle violé les droits que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

(1) *L'alinéa 10b)*

L'examen secondaire qu'un agent d'immigration fait subir à un point d'entrée ne constitue pas une «détention» au sens de l'al. 10b) de la *Charte*. L'élément de la contrainte de l'État est insuffisant. L'interrogatoire qu'a subi l'appelant au cours de l'examen secondaire faisait partie systématiquement du processus général de sélection des personnes qui cherchent à entrer au Canada. L'interrogatoire a été effectué simplement en vue de traiter sa demande d'admission et de déterminer la procédure qu'il conviendrait d'appliquer pour examiner sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention. Les voyageurs qui cherchent à traverser des frontières internationales s'attendent parfaitement à faire l'objet d'un processus d'examen. En l'espèce, les autorités de l'Immigration n'ont pas agi de manière à indiquer que la restriction de la liberté de l'appelant avait excédé ce qui est requis pour le traitement de sa demande d'admission et était devenue une entrave à la liberté. De plus, il n'y a rien d'infamant à devoir subir un examen secondaire. L'absence d'infamie est un autre facteur qui indique que, durant un interrogatoire de rou-

another factor indicating that no detention of constitutional consequence occurs during routine questioning.

It would be unreasonable to expect the screening process for all persons seeking entry into Canada to take place in the primary examination line. For those persons who cannot immediately produce documentation indicating their right of entry, the screening process requires more time and a referral to a secondary examination is therefore necessary. The secondary examination is a continuation or completion of the initial examination which takes place in the primary inspection line and remains a routine part of the general screening process.

Neither the existence of a statutory duty to answer the questions posed by the immigration officer nor the existence of criminal penalties for both the failure to answer questions and knowingly making a false or misleading statement necessitates the conclusion that the appellant was detained within the meaning of s. 10(b). These provisions are both logically and rationally connected to the role of immigration officials in examining those persons seeking to enter the country. Indeed, they are required to ensure that border examinations are taken seriously and are effective.

(2) Section 7

Assuming that s. 7 of the *Charter* is engaged in the circumstances of this case, the principles of fundamental justice do not require that the appellant be provided with counsel at the pre-inquiry or pre-hearing stage of the refugee claim determination process. While the right to counsel under s. 7 may apply in other cases besides those which are encompassed by s. 10(b), in an immigration examination for routine information-gathering purposes, the right to counsel does not extend beyond those circumstances of arrest or detention described in s. 10(b). An inquiry to determine whether the appellant's claim to Convention refugee status had a credible basis was held and, pursuant to s. 30(1) of the *Immigration Act*, the appellant was informed of his right to counsel. He was in fact represented by counsel during the credible basis inquiry and had the opportunity to state his case and know the case he had to meet. The principles of fundamental justice do not include a right to counsel for routine information gathering and to

time, il n'y a pas de détention entraînant des conséquences constitutionnelles.

Il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce que le processus de sélection applicable à toutes les personnes qui cherchent à entrer au Canada se déroule à l'étape de l'examen primaire. Dans le cas des personnes qui sont incapables de produire immédiatement des documents indiquant qu'elles ont le droit d'entrer au pays, le processus de sélection prend plus de temps et un renvoi à un examen secondaire est donc nécessaire. L'examen secondaire est la continuation ou le parachèvement de l'examen initial qui a lieu à l'étape de l'inspection primaire et il continue de faire partie systématiquement du processus général de sélection.

Ni l'existence d'une obligation légale de répondre aux questions posées par l'agent d'immigration ni l'existence de sanctions criminelles tant pour l'omission de répondre aux questions que pour le fait de formuler sciemment une déclaration fausse ou trompeuse n'obligent à conclure que l'appelant a été détenu au sens de l'al. 10b). Ces dispositions sont liées logiquement et rationnellement au rôle que jouent les fonctionnaires de l'Immigration lorsqu'ils interrogent les personnes qui cherchent à entrer au pays. En fait, ils doivent s'assurer que les interrogatoires effectués à la frontière sont pris au sérieux et sont efficaces.

(2) L'article 7

À supposer que l'art. 7 de la *Charte* s'applique en l'espèce, les principes de justice fondamentale n'exigent pas que l'appelant dispose des services d'un avocat au stade du processus de reconnaissance du statut de réfugié qui précède l'enquête ou l'audience. Bien que le droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 7 puisse s'appliquer dans d'autres cas que ceux visés par l'al. 10b), dans un interrogatoire en matière d'immigration effectué dans le but de recueillir des renseignements de routine, le droit à l'assistance d'un avocat ne s'étend pas au-delà des circonstances de l'arrestation ou de la détention prévues à l'al. 10b). On a tenu une enquête pour déterminer si la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention présentée par l'appelant avait un minimum de fondement et, conformément au par. 30(1) de la *Loi sur l'immigration*, l'appelant a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat. Il a, en fait, été représenté par un avocat durant l'enquête sur le minimum de fondement de sa revendication et a eu la possibilité d'exposer sa cause et de savoir ce qu'il devait prouver. Les principes de justice fondamentale ne comprennent pas le droit à l'assistance d'un avocat quand il s'agit de recueillir des renseignements de routine, et per-

allow counsel at port of entry interviews would constitute unnecessary duplication.

mettre le recours aux services d'un avocat dans les interrogatoires effectués aux points d'entrée ferait inutilement double emploi.

Cases Cited

Applied: *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, aff'g (1984), 11 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.); *R. v. Kwok* (1986), 31 C.C.C. (3d) 196; referred to: *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Rodenbush* (1985), 21 C.C.C. (3d) 423; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Montfort v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 F.C. 478; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8 to 14, 10(b), 24(2).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 12, 19 [am. c. 30 (3rd Supp.), s. 3], 20, 23(3), (4), 30(1) [rep. & sub. c. 28 (4th Supp.), s. 9], 43(1) [*idem*, s. 14], 94(1)(g) [*idem*, s. 24], (h) [*idem*].

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 3 F.C. 587, 72 D.L.R. (4th) 58, 113 N.R. 382, 1 C.R.R. (2d) 253, 11 Imm. L.R. (2d) 51, dismissing appellant's application under s. 28 of the *Federal Court Act* to review and set aside the decision of an adjudicator and an Immigration Refugee Board member. Appeal dismissed.

a Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, conf. (1984), 11 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.); *R. c. Kwok* (1986), 31 C.C.C. (3d) 196; arrêts mentionnés: *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Rodenbush* (1985), 21 C.C.C. (3d) 423; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Montfort c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 C.F. 478; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8 à 14, 10(b), 24(2).

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 12, 19 [mod. ch. 30 (3^e suppl.), art. 3], 20, 23(3), (4), 30(1) [abr. & rempl. ch. 28 (4^e suppl.), art. 9], 43(1) [*idem*, art. 14], 94(1)(g) [*idem*, art. 24], (h) [*idem*].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 3 C.F. 587, 72 D.L.R. (4th) 58, 113 N.R. 382, 1 C.R.R. (2d) 253, 11 Imm. L.R. (2d) 51, qui a rejeté la demande de l'appelant fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, visant à réviser et à annuler la décision d'un arbitre et d'un membre de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Pourvoi rejeté.

Pia Zambelli and *Barbara Jackman*, for the appellant.

J. E. Thompson, Q.C., and *Donald A. MacIntosh*, for the respondent.

David Matas, for the intervenor.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J.—This appeal concerns the scope of ss. 10(b) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as they apply to refugee claimants entering Canada. Specifically, the appeal raises the issue of whether a secondary examination by an immigration officer at a port of entry constitutes a “detention” within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*. In addition, the question of the right to counsel under s. 7 of the *Charter* is raised.

I. Background

The appellant is a citizen of Iran. He arrived in Canada on May 13, 1989 without valid travel or identity documents, and claimed Convention refugee status. He did not understand English, the language in which the procedures in issue were conducted, and was provided with an interpreter.

When the appellant arrived at Pearson International Airport in Toronto, he entered a primary examination line. From there, he was referred to a secondary examination before an immigration officer in another part of the airport, and waited approximately four hours before this examination took place. He was not advised of a right to counsel at any time during the proceedings. The immigration officer conducting the secondary examination made extensive written notes. During the examination, the appellant was asked questions relating to his admissibility under s. 19 of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, which sets out those classes whose members shall not be granted admission to Canada, such as persons who are a danger to public health or safety or persons

Pia Zambelli et *Barbara Jackman*, pour l'appellant.

J. E. Thompson, c.r. et *Donald A. MacIntosh*, pour l'intimé.

David Matas, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI—Le présent pourvoi concerne la portée de l'al. 10b) et de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. dans la mesure où ils s'appliquent aux revendicateurs du statut de réfugié qui entrent au Canada. Le pourvoi soulève plus précisément la question de savoir si l'examen secondaire qu'un agent d'immigration fait subir à un point d'entrée constitue une «détention» au sens de l'al. 10b) de la *Charte*. Il est également question du droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 7 de la *Charte*.

I. Historique

L'appellant est citoyen iranien. Il est arrivé au Canada le 13 mai 1989 sans document de voyage ni pièce d'identité valides et a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention. Comme il ne comprenait pas l'anglais, langue dans laquelle s'est déroulée la procédure en question, il s'est vu offrir les services d'un interprète.

À son arrivée à l'aéroport international Pearson de Toronto, l'appellant a fait la queue afin de subir un examen primaire. De là, il a été dirigé vers un agent d'immigration pour subir un examen secondaire dans une autre partie de l'aéroport et il a attendu environ quatre heures avant d'être interrogé. À aucun moment au cours de cette procédure, il n'a été informé qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat. L'agent d'immigration qui lui a fait subir l'examen secondaire a pris beaucoup de notes écrites. Au cours de l'examen, l'appellant a été interrogé au sujet de son admissibilité selon l'art. 19 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, qui énonce les catégories de personnes non admissibles au Canada, comme celles qui constituent un danger pour la santé ou la sécu-

who have been convicted of a serious criminal offence. The appellant was also questioned as to his claim to Convention refugee status. In answering these questions, the appellant omitted important factual details concerning the grounds of his claim to refugee status. In addition, in response to a question about the basis for his refugee claim, the appellant stated that he wanted to work for himself and the future of his children who want to study.

With regard to his claim to Convention refugee status, the appellant later claimed that he suffered persecution in Iran for his royalist beliefs and for his support for the Shah of Iran. Because of his support of the royalist cause, the appellant stated that he and his family were investigated and driven into hiding, one of his daughters was arrested and executed, and the appellant's business was confiscated. For these reasons, he fled Iran for Turkey in April 1989, and this was the last time he saw his family. However, the appellant omitted to tell these facts to the immigration officer in the secondary examination.

The immigration officer who conducted the secondary examination concluded that the appellant could not be admitted to Canada under s. 19 of the *Immigration Act*. At the conclusion of the secondary examination, the appellant was advised of his right to counsel to help him put forward his refugee claim.

A so-called credible basis inquiry before a Canada Employment and Immigration Commission Tribunal was therefore convened to consider the appellant's admissibility to Canada and whether a full hearing before the Immigration and Refugee Board of Canada into the merits of his claim to Convention refugee status should be ordered. The notes taken by the immigration officer who conducted the secondary examination were entered as evidence at the inquiry. The tribunal stated that the appellant was not a credible witness. The appellant was found to be inadmissible and not deserving of a determination of his claim by the Refugee Division, because his claim to refu-

rité publiques ou celles qui ont été déclarées coupables d'une infraction criminelle grave. L'appellant a aussi été interrogé sur sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention. En répondant à ces questions, il a omis des faits importants concernant les motifs de sa revendication du statut de réfugié. De plus, en réponse à une question sur le fondement de sa revendication du statut de réfugié, l'appellant a déclaré qu'il voulait travailler pour lui-même et assurer l'avenir de ses enfants qui veulent étudier.

En ce qui concerne sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, l'appellant a prétendu par la suite avoir été victime de persécution en Iran pour ses convictions royalistes et son appui au Shah. Il a affirmé qu'en raison de son appui à la cause royaliste, sa famille et lui-même ont fait l'objet d'enquêtes et ont dû se cacher, que l'une de ses filles a été arrêtée et exécutée, et que son commerce a été saisi. Pour ces raisons, il a quitté l'Iran pour se rendre en Turquie en avril 1989, et c'était là la dernière fois qu'il avait vu sa famille. Toutefois, l'appellant a omis de mentionner ces faits à l'agent d'immigration au cours de l'examen secondaire.

L'agent d'immigration qui a effectué l'examen secondaire a conclu que l'appellant ne pouvait pas être admis au Canada selon l'art. 19 de la *Loi sur l'immigration*. À la fin de l'examen secondaire, l'appellant a été informé qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat pour présenter sa revendication du statut de réfugié.

Une enquête dite sur le minimum de fondement de la revendication a donc été tenue devant un tribunal de la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada afin de déterminer si l'appellant était admissible au Canada et s'il y avait lieu d'ordonner la tenue d'une audience complète devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada pour examiner le bien-fondé de sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention. Les notes prises par l'agent d'immigration qui a effectué l'examen secondaire ont été produites en preuve lors de l'enquête. Le tribunal a déclaré que l'appellant n'était pas un témoin crédible. On a jugé que l'appellant n'était pas admissible

gee status did not have a credible basis. The appellant was therefore ordered excluded from Canada.

The appellant obtained leave to apply to the Federal Court of Appeal for judicial review of the exclusion order. He challenged the validity of that order on the grounds that it was obtained through the use of evidence that was obtained in violation of his right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*. His application was dismissed and the exclusion order was upheld by the majority of the Court of Appeal.

II. Relevant Statutory and Charter Provisions

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2

12. (1) Every person seeking to come into Canada shall appear before an immigration officer at a port of entry, or at such other place as may be designated by a senior immigration officer, for examination to determine whether that person is a person who shall be allowed to come into Canada or may be granted admission.

(3) Where an immigration officer commences an examination referred to in subsection (1), the officer may, in such circumstances as the officer deems proper,

(a) adjourn the examination and refer the person being examined to another immigration officer for completion of the examination; and

(b) detain or make an order to detain the person.

(4) Every person shall answer truthfully all questions put to that person by an immigration officer at an examination and shall produce such documentation as may be required by the immigration officer for the purpose of establishing whether the person shall be allowed to come into Canada or may be granted admission.

20. (1) Where an immigration officer is of the opinion that it would or may be contrary to this Act or the regulations to grant admission to a person examined by the officer or otherwise let that person come into Canada, the officer may detain or make an order to detain that person and shall

et qu'il ne méritait pas que la Section du statut de réfugié statue sur sa revendication parce que celle-ci n'avait pas un minimum de fondement. L'appellant a donc fait l'objet d'une mesure d'exclusion du Canada.

L'appellant a reçu l'autorisation de saisir la Cour d'appel fédérale d'une demande de contrôle judiciaire de la mesure d'exclusion. Il a contesté la validité de cette mesure pour le motif qu'elle a été obtenue au moyen d'éléments de preuve recueillis en violation du droit à l'assistance d'un avocat que lui garantissait l'al. 10b) de la *Charte*. Sa demande a été rejetée et la mesure d'exclusion a été maintenue par la Cour d'appel à la majorité.

II. Dispositions législatives et dispositions de la Charte pertinentes

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2

12. (1) Quiconque cherche à entrer au Canada est tenu de se présenter devant un agent d'immigration à un point d'entrée ou à tout autre lieu désigné par l'agent principal en vue de l'interrogatoire visant à déterminer s'il est autorisé à entrer au Canada ou s'il peut y être admis.

(3) L'agent d'immigration qui procède à l'interrogatoire peut, lorsqu'il le juge à propos:

a) confier la fin de l'interrogatoire à un autre agent d'immigration;

b) retenir la personne interrogée ou prendre une mesure à cet effet contre elle.

(4) L'intéressé doit répondre franchement aux questions de l'agent d'immigration et produire toutes les pièces que ce dernier exige pour établir s'il est autorisé à entrer au Canada ou s'il peut y être admis.

20. (1) L'agent d'immigration qui, après interrogatoire, estime que le fait d'admettre ou de laisser entrer l'intéressé au Canada contreviendrait ou pourrait contreviendre à la présente loi ou à ses règlements peut le retenir ou prendre une mesure à cet effet. Il est tenu:

(a) subject to subsection (2), report that person in writing to a senior immigration officer; or

(b) allow that person to leave Canada forthwith.

23. . . .

(3) Where a senior immigration officer does not let a person come into Canada pursuant to section 22 and does not grant admission to or otherwise authorize the person to come into Canada pursuant to subsection (1) or (2), the officer may, subject to subsections (4) and (6),

(a) detain or make an order to detain the person; or

(b) release the person from detention subject to such terms and conditions as the officer deems appropriate in the circumstances, including the payment of a reasonable security deposit or the posting of a performance bond.

(4) In the cases described in subsection (3), the senior immigration officer shall

(a) subject to subsection (5), cause an inquiry to be held concerning the person referred to in subsection (3) as soon as is reasonably practicable; or

(b) allow that person to leave Canada forthwith.

30. (1) Every person with respect to whom an inquiry is to be held shall be informed of the person's right to obtain the services of a barrister or solicitor or other counsel and to be represented by any such counsel at the inquiry and, subject to subsections (2) and (3), shall be given a reasonable opportunity, if the person so desires and at the person's own expense, to obtain counsel.

43. (1) Before any substantive evidence is given at an inquiry, the adjudicator shall give the person who is the subject of the inquiry an opportunity to indicate whether or not the person claims to be a Convention refugee.

94. (1) Every person is guilty of an offence who

(g) refuses to be sworn or to affirm or declare, as the case may be, or to answer a question put to the person at an examination or inquiry under this Act or a hearing held pursuant to subsection 44(3);

(h) knowingly makes any false or misleading statement at an examination or inquiry under this Act or a hearing held pursuant to subsection 44(3) or in con-

a) soit, sous réserve du paragraphe (2), de signaler son cas dans un rapport écrit, à un agent principal;

b) soit de l'autoriser à quitter le Canada sans délai.

a 23. . . .

(3) S'il n'accorde à l'intéressé ni la permission d'entrer au Canada en vertu de l'article 22 ni l'admission ou l'autorisation d'entrer au Canada en vertu du paragraphe (1) ou (2), l'agent principal peut, sous réserve des paragraphes (4) et (6):

a) soit le retenir ou prendre une mesure à cet effet contre lui;

b) soit le mettre en liberté aux conditions qu'il juge appropriées en l'occurrence, notamment la fourniture d'un cautionnement raisonnable ou d'une garantie de bonne exécution.

d (4) Dans les cas visés au paragraphe (3), l'agent principal est tenu:

a) soit, sous réserve du paragraphe (5), de faire procéder à une enquête dès que les circonstances le permettent;

b) soit d'autoriser l'intéressé à quitter le Canada sans délai.

f 30. (1) L'intéressé doit être informé qu'il a le droit de se faire représenter par un avocat ou autre conseiller et, sous réserve des paragraphes (2) et (3), se voir accorder la possibilité de le choisir, à ses frais.

h 43. (1) Avant que ne soient présentés des éléments de preuve au fond, l'arbitre donne à la personne qui fait l'objet de l'enquête la possibilité de faire savoir si elle revendique le statut de réfugié au sens de la Convention.

94. (1) Commet une infraction quiconque:

i g) refuse de prêter serment ou de faire une déclaration ou une affirmation solennelle, ou encore de répondre à une question posée au cours de l'interrogatoire ou de l'enquête prévus par la présente loi ou de l'audience tenue dans le cadre du paragraphe 44(3);

j h) fait délibérément une déclaration fautive ou trompeuse au cours de l'interrogatoire ou de l'enquête prévus à la présente loi ou de l'audience tenue dans le

nection with the admission of any person or the application for admission by any person;

cadre du paragraphe 44(3), ou dans le cadre de l'admission ou de la demande d'admission d'une personne;

Canadian Charter of Rights and Freedoms

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

10. Everyone has the right on arrest or detention

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

III. Judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 3 F.C. 587

Mahoney J.A. (Pratte J.A. concurring)

Mahoney J.A. held that the appellant had not been detained in a manner contemplated by s. 10(b) of the *Charter* prior to or during the secondary examination, and accordingly, that no obligation to inform him of his right to counsel arose. Mahoney J.A. noted that everyone, including a Canadian citizen, who seeks admission to Canada at a port of entry is detained until an immigration officer determines that it would not be contrary to the *Immigration Act* for that person to enter Canada. What distinguishes all such detainees from a detainee in the constitutional sense, Mahoney J.A. argued, is the fact that such persons have not been put in that position by an agent of the state assuming control over their movements, but by their own actions in seeking admission to Canada.

Mahoney J.A. emphasized the fact that the immigration officer has a duty to enquire whether a person claiming to be a Convention refugee qualifies for admission. The court examined the questioning of the appellant and concluded that the secondary examination was routine, and was simply an extension of the routine questioning that took

a Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

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

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

III. Arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 3 C.F. 587

d Le juge Mahoney (à l'opinion duquel a souscrit le juge Pratte)

Le juge Mahoney a statué que l'appelant n'avait pas été détenu d'une manière envisagée par l'al. 10b) de la *Charte* avant ou pendant l'examen secondaire et que, par conséquent, il n'en résultait aucune obligation de l'informer de son droit à l'assistance d'un avocat. Le juge Mahoney a fait remarquer que quiconque, y compris un citoyen canadien, cherche à entrer au Canada à un point d'entrée est détenu jusqu'à ce qu'un agent d'immigration décide qu'il ne contrevenirait pas à la *Loi sur l'immigration* que cette personne entre au Canada. Ce qui distingue tous ces détenus du détenu au sens constitutionnel du terme, selon le juge Mahoney, c'est le fait que ces personnes n'ont pas été mises dans cette situation par un agent de l'État qui a restreint leur liberté d'action, mais qu'elles se sont mises dans cette situation de leur propre chef en sollicitant leur admission au Canada.

i Le juge Mahoney a souligné le fait que l'agent d'immigration a le devoir de déterminer si la personne qui revendique le statut de réfugié au sens de la Convention peut être admise au pays. La cour a examiné l'interrogatoire de l'appelant et a conclu que l'examen secondaire était routinier et ne faisait que prolonger l'interrogatoire de routine qui avait

place at the primary examination line. Mahoney J.A. held that the appellant's state of mind at the time could not change the essentially routine character of the examination, which was in no way analogous to an inquisitorial strip search which would constitute a detention for constitutional purposes. Further, the delay in being interviewed did not, according to the court, constitute a factor attributable to a detention (at p. 608):

As I understand the terminology, the primary examination occurred, in this case, at what the [appellant] described as a "little booth". That, I take it, was one of the kiosks before which all deplaning international passengers line up. It seems clearly unreasonable to expect that the required examination of a Convention refugee claimant by an immigration officer could ever be satisfactorily conducted at the head of the primary examination line. The mere reference of such a person to a secondary examination and a delay in beginning it cannot, in my view, themselves lead to the conclusion that the person is detained in the constitutional sense. A delay of several hours may be attributable only to the numbers of persons requiring examination and officers available to do it or to the need for translation.

Finally, Mahoney J.A. observed that the appellant was not, at the secondary examination, cajoled into making admissions which led to the subsequent finding that his claim lacked a credible basis. Rather, it was the omission of certain facts by the appellant at the examination which led to the adverse findings of credibility.

As a result, Mahoney J.A. held that no "detention" in the sense contemplated by s. 10(b) of the *Charter* had occurred. Therefore, there was no obligation to advise the appellant of his right to counsel prior to the secondary examination and thus no violation of his s. 10(b) rights.

eu lieu à l'étape de l'examen primaire. Le juge Mahoney a conclu que l'état d'esprit de l'appelant à ce moment-là ne pouvait pas changer le caractère essentiellement routinier de l'examen, qui ne ressemblait nullement à une fouille à nu inquisitoriale qui constituerait une détention à des fins constitutionnelles. De plus, le temps écoulé avant le tenue de l'interrogatoire n'était pas, selon la cour, imputable à une détention (à la p. 608):

Si je comprends bien les termes employés, l'interrogatoire primaire a eu lieu, dans le cas qui nous occupe, devant ce que [l'appelant] a appelé [TRADUCTION] «une petite cabine». Il s'agit, si j'ai bien saisi, de l'un des postes de contrôle devant lesquels font la queue tous les passagers de vols internationaux qui descendent d'avion. Il semble de toute évidence déraisonnable de s'attendre à ce que l'interrogatoire du revendicateur du statut de réfugié au sens de la Convention auquel doit procéder l'agent d'immigration puisse être mené de façon satisfaisante à l'étape de l'interrogatoire primaire global. À mon sens, le simple renvoi de cette personne à un interrogatoire secondaire et le temps écoulé avant le début de cet interrogatoire ne permettent pas de conclure que la personne est détenue au sens constitutionnel du terme. Une attente de plusieurs heures peut n'être attribuable qu'au nombre de personnes qu'il faut interroger et au nombre d'agents qui sont disponibles pour faire ce travail ou encore à la nécessité de recourir aux services d'un interprète.

Enfin, le juge Mahoney a fait observer que, lors de l'examen secondaire, l'appelant n'a pas été persuadé de faire des aveux qui ont par la suite amené à conclure que sa revendication n'avait pas un minimum de fondement. C'est plutôt l'omission par l'appelant de mentionner certains faits lors de l'interrogatoire qui est à l'origine des conclusions défavorables en matière de crédibilité.

En définitive, le juge Mahoney a statué qu'il n'y avait pas eu «détention» au sens de l'al. 10b) de la *Charte*. Par conséquent, il n'y avait aucune obligation d'informer l'appelant de son droit à l'assistance d'un avocat avant la tenue de l'examen secondaire et il n'y a donc eu aucune violation des droits qui lui sont garantis par l'al. 10b).

Heald J.A. (dissenting)

Heald J.A. took a very different view from that of the majority, concluding that the appellant had been “detained” within the meaning of s. 10(b). He emphasized the portions of Le Dain J.’s judgment in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, dealing with psychological compulsion as a form of detention for the purposes of s. 10(b), and concluded that the rationale of those comments applied to the appellant’s case. The immigration officer who conducted the secondary examination, Heald J.A. stated, was an agent of the state who assumed control over the appellant’s movements; the appellant was not free to leave the room and go elsewhere. The interrogation and the appellant’s answers became an integral part of the inquiry under the *Immigration Act* which resulted in the unconditional exclusion order. The appellant’s uncontradicted affidavit evidence indicated that he had acquiesced in the deprivation of his liberty since he reasonably believed that he had no choice to do otherwise. These factors led Heald J.A. to conclude that, under *Therens*, the appellant was “detained” within the meaning of s. 10(b).

Heald J.A. also held that this Court’s decision in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, supported the appellant’s claim. Heald J.A. rejected the majority’s suggestion that the secondary examination was merely another form of routine questioning akin to that which every traveller is required to undergo upon seeking to enter Canada, and was held in *Simmons* not to constitute a detention in the constitutional sense. Rather, Heald J.A. found the appellant’s situation to be analogous to the inquisitorial strip search which the accused in *Simmons* was forced to undergo and which Dickson C.J. in that case held to give rise to a s. 10(b) detention. Like the accused in *Simmons*, the appellant was taken out of the normal course and required to submit to interrogation; there was a “reasonable perception

Le juge Heald (dissident)

Le juge Heald a adopté une opinion très différente de celle de la majorité et a conclu que l’appellant avait été «détenu» au sens de l’al. 10b). Il a attiré l’attention sur les passages des motifs du juge Le Dain dans l’arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, qui traitent de la contrainte psychologique comme étant une forme de détention aux fins de l’al. 10b), et il a conclu que le raisonnement suivi dans ces observations s’appliquait à la situation de l’appellant. L’agent d’immigration qui a effectué l’examen secondaire était, selon le juge Heald, un agent de l’État qui a restreint la liberté d’action de l’appellant; ce dernier n’était pas libre de quitter la pièce et d’aller ailleurs. L’interrogatoire et les réponses de l’appellant faisaient partie intégrante de l’enquête prévue par la *Loi sur l’immigration*, laquelle enquête a abouti à une mesure d’exclusion inconditionnelle. D’après le témoignage non contredit que l’appellant a donné dans son affidavit, il avait acquiescé à la privation de sa liberté, étant donné qu’il croyait raisonnablement qu’il n’avait pas le choix d’agir autrement. Ces facteurs ont amené le juge Heald à conclure que, suivant l’arrêt *Therens*, l’appellant était «détenu» au sens de l’al. 10b).

Le juge Heald a également statué que l’arrêt de notre Cour *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, étayait la revendication de l’appellant. Le juge Heald a rejeté la proposition de la majorité selon laquelle l’examen secondaire n’était qu’une autre forme d’interrogatoire de routine qui ressemblait à celui auquel tout voyageur est tenu de se soumettre lorsqu’il cherche à entrer au Canada, et a été considéré dans l’arrêt *Simmons* comme ne constituant pas une détention au sens constitutionnel du terme. Le juge Heald a plutôt décidé que la situation de l’appellant était analogue à la fouille à nu inquisitoriale que l’accusée, dans l’affaire *Simmons*, a été forcée de subir et qui, d’après ce qu’a conclu le juge en chef Dickson dans cette affaire, entraîne une détention au sens de l’al. 10b). Comme pour l’accusée dans *Simmons*, on a cessé d’appliquer la procédure normale à l’égard de l’appellant et on l’a forcé à subir un interrogatoire; il y avait une «perception raisonnable qu’on n’a[vait] vraiment pas le

of suspension of freedom of choice” and an “involuntary restraint of liberty” as in *Simmons*.

Following *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 202, Heald J.A. held that the word “Everyone” in s. 10(b) must include claimants for refugee status who are physically present in Canada. Heald J.A. stated that the rationale for s. 10(b) protection was just as compelling in this type of situation as in the criminal context: “In the case of a refugee claimant such as this claimant, assuming that even a portion of his factual assertions are true, the consequences of his enforced return to Iran could well include incarceration, torture and even death” (p. 600). Accordingly, Heald J.A. concluded that the appellant had been detained for the purposes of s. 10(b).

Heald J.A. further held that the appellant’s s. 10(b) right to counsel had been violated. The violation was a substantive one since the examining officer’s notes obtained in violation of the appellant’s s. 10(b) rights were used at the ensuing inquiry to impeach the appellant’s credibility. Heald J.A. concluded that, had the appellant had the assistance of counsel before and during the secondary examination and thus had an informed explanation as to the scheme of the refugee process under Canadian immigration law, it was likely that the entire character of the proceedings would have been altered.

Heald J.A. concluded his analysis of the s. 10(b) issue in the following manner (at p. 601):

Since the Supreme Court of Canada has indicated in *Therens, supra*, that the jurisprudence relative to police investigations in criminal matters may be extended to other agents of the State and since the majority of the Court in *Simmons, supra* has applied the *Therens* test to searches at ports of entry pursuant to the *Customs Act*, I think that an equally persuasive argument can be made in support of the right to counsel for refugee claimants at ports of entry. In my opinion, the circumstances at bar

choix» et «une privation involontaire de liberté» comme dans l’arrêt *Simmons*.

Suivant l’arrêt *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 202, le juge Heald a statué que le mot «Chacun» à l’al. 10b) doit comprendre les revendicateurs du statut de réfugié qui se trouvent au Canada. Le juge Heald a affirmé que les raisons de leur reconnaître la protection de l’al. 10b) sont tout aussi sérieuses dans ce genre de situation que dans le contexte d’une affaire criminelle: «Dans le cas d’un revendicateur du statut de réfugié comme le requérant à l’instance, en présumant que même une partie de ses affirmations factuelles soient véridiques, son retour forcé en Iran pourrait bien se solder notamment par son incarcération, par l’infliction de tortures et même par la mort» (p. 600). Le juge Heald a donc conclu que l’appelant avait été détenu au sens de l’al. 10b).

Le juge Heald a en outre conclu qu’il y avait eu violation du droit à l’assistance d’un avocat que l’al. 10b) garantit à l’appelant. Il s’agissait d’une violation de fond car, au cours de l’enquête qui a suivi, on s’est servi des notes prises par l’agent examinateur contrairement aux droits que l’al. 10b) garantit à l’appelant, pour attaquer la crédibilité de ce dernier. Le juge Heald a statué que, si l’appelant avait été assisté d’un avocat avant et pendant l’examen secondaire et avait ainsi pu obtenir des explications éclairées au sujet de l’économie du processus de reconnaissance du statut de réfugié prévu par la loi canadienne sur l’immigration, il est probable que toute la nature de la procédure s’en serait trouvée changée.

Le juge Heald termine ainsi son analyse de la question de l’al. 10b) (à la p. 601):

Étant donné que la Cour suprême du Canada a déclaré dans l’arrêt *Therens*, précité, que la jurisprudence relative aux enquêtes policières en matières criminelles pouvait être étendue aux autres agents de l’État et étant donné que dans l’arrêt *Simmons* précité, la majorité de la Cour a appliqué le critère dégagé dans l’arrêt *Therens* aux fouilles effectuées aux points d’entrée en vertu de la *Loi sur les douanes*, je pense qu’on peut soutenir de façon tout aussi convaincante que les revendicateurs du

as summarized herein strongly support such a conclusion.

Heald J.A. concluded that s. 1 of the *Charter* did not come into play in this case, since the *Immigration Act* neither expressly nor by necessary implication required the deprivation of the right to counsel. Thus, there was no limit "prescribed by law" on which to found a s. 1 analysis.

With respect to the issue of the appropriate remedy for the *Charter* violation, Heald J.A. noted that counsel for the appellant did not request the exclusion of the notes, nor make any submissions in support of such a request. Therefore, Heald J.A. did not consider the question as to whether the court had the power on an application under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, to order the exclusion of this evidence in this case, but stated that the decision of the credible basis tribunal should be set aside as well as the exclusion order which followed.

IV. Issues

The appellant raises two issues on this appeal. First, was the appellant detained in the sense contemplated by s. 10(b) of the *Charter* during his secondary examination at the airport, and did that examination therefore violate his right to counsel? In the alternative, was the appellant's right not to be deprived of his right to life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice infringed by the failure to provide him with counsel at the port of entry?

V. Analysis

1. *Was the Appellant Detained Within the Meaning of Section 10(b) of the Charter?*

The starting point in determining whether or not a "detention" has occurred for the purposes of s. 10(b) is the judgment of this Court in *Therens*, *supra*, at pp. 641-42:

statut de réfugié possèdent le droit de consulter un avocat aux points d'entrée. À mon avis, les circonstances de l'espèce qui ont été résumées appuient fortement cette conclusion.

Le juge Heald a décidé que l'article premier de la *Charte* n'entraîne pas en jeu en l'espèce, étant donné que la *Loi sur l'immigration* n'exigeait ni expressément ni par voie d'interprétation nécessaire que l'on prive quelqu'un de son droit à l'assistance d'un avocat. Il n'y avait donc aucune limite prescrite «par une règle de droit» susceptible de justifier une analyse fondée sur l'article premier.

Quant à la question de la réparation convenable pour la violation de la *Charte*, le juge Heald a noté que l'avocate de l'appelant n'a pas demandé que les notes soient écartées ni n'a fait valoir de moyens à l'appui d'une telle demande. En conséquence, le juge Heald n'a pas examiné la question de savoir si la cour, à la suite d'une demande fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, avait le pouvoir d'écarter de tels éléments de preuve en l'espèce, mais il a affirmé qu'il y avait lieu d'annuler la décision rendue par le tribunal chargé de se prononcer sur le minimum de fondement de la revendication, ainsi que la mesure d'exclusion qui a suivi.

IV. Les questions en litige

L'appelant soulève deux questions dans le présent pourvoi. D'abord, l'appelant a-t-il été détenu au sens de l'al. 10b) de la *Charte* durant son examen secondaire à l'aéroport, et cet examen a-t-il par conséquent violé son droit à l'assistance d'un avocat? Subsidièrement, l'omission de fournir à l'appelant les services d'un avocat au point d'entrée a-t-elle violé son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, auquel il ne peut être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale?

V. Analyse

1. *L'appelant a-t-il été détenu au sens de l'al. 10b) de la Chartre?*

Pour déterminer s'il y a eu «détention» aux fins de l'al. 10b), il faut commencer par examiner l'arrêt *Therens* de notre Cour, précité, aux pp. 641 et 642:

The purpose of s. 10 of the *Charter* is to ensure that in certain situations a person is made aware of the right to counsel and is permitted to retain and instruct counsel without delay. The situations specified by s. 10—arrest and detention—are obviously not the only ones in which a person may reasonably require the assistance of counsel, but they are situations in which the restraint of liberty might otherwise effectively prevent access to counsel or induce a person to assume that he or she is unable to retain and instruct counsel. In its use of the word “detention”, s. 10 of the *Charter* is directed to a restraint of liberty other than arrest in which a person may reasonably require the assistance of counsel but might be prevented or impeded from retaining and instructing counsel without delay but for the constitutional guarantee.

In addition to the case of deprivation of liberty by physical constraint, there is in my opinion a detention within s. 10 of the *Charter* when a police officer or other agent of the state assumes control over the movement of a person by a demand or direction which may have significant legal consequence and which prevents or impedes access to counsel.

... There can be no doubt that there must be some form of compulsion or coercion to constitute an interference with liberty or freedom of action that amounts to a detention within the meaning of s. 10 of the *Charter*.

Le Dain J. went on to hold that the form of compulsion need not be physical. He stated, at p. 644:

[I]t is not realistic, as a general rule, to regard compliance with a demand or direction by a police officer as truly voluntary, in the sense that the citizen feels that he or she has the choice to obey or not, even where there is in fact a lack of statutory or common law authority for the demand or direction and therefore an absence of criminal liability for failure to comply with it. Most citizens are not aware of the precise legal limits of police authority. Rather than risk the application of physical force or prosecution for wilful obstruction, the reasonable person is likely to err on the side of caution, assume lawful authority and comply with the demand. The element of psychological compulsion, in the form of a reasonable perception of suspension of freedom of choice, is enough to make the restraint of liberty involuntary. Detention may be effected without the application or threat of application of physical restraint if the person

L'article 10 de la *Charte* vise à assurer que, dans certaines situations, une personne soit informée de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'elle puisse obtenir cette assistance sans délai. Il est évident que les cas (l'arrestation et la détention) mentionnés expressément à l'art. 10 ne sont pas les seuls où une personne peut avoir raisonnablement besoin de l'assistance d'un avocat, mais qu'il s'agit de situations où l'entrave à la liberté pourrait, par ailleurs, avoir pour effet de rendre impossible l'accès à un avocat ou d'amener une personne à conclure qu'elle n'est pas en mesure d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. En utilisant le mot «détention», l'art. 10 de la *Charte* vise une entrave à la liberté autre qu'une arrestation par suite de laquelle une personne peut raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat, mais pourrait, en l'absence de cette garantie constitutionnelle, être empêchée d'y avoir recours sans délai.

Outre le cas où il y a privation de liberté par contrainte physique, j'estime qu'il y a détention au sens de l'art. 10 de la *Charte* lorsqu'un policier ou un autre agent de l'État restreint la liberté d'action d'une personne au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d'empêcher l'accès à un avocat.

... Il ne fait aucun doute qu'une certaine forme de contrainte ou de coercition doit être exercée pour qu'il y ait atteinte à la liberté ou à la liberté d'action équivalant à une détention au sens de l'art. 10 de la *Charte*.

Le juge Le Dain statue ensuite qu'il n'est pas nécessaire que la contrainte soit physique. Il dit, à la p. 644:

[I] est, en règle générale, irréaliste de considérer l'obéissance à une sommation ou à un ordre d'un policier comme un acte réellement volontaire en ce sens que l'intéressé se sent libre d'obéir ou de désobéir, même lorsque la sommation ou l'ordre en question n'est autorisé ni par la loi ni par la *common law*, et que, par conséquent, le refus d'y obtempérer n'entraîne aucune responsabilité criminelle. La plupart des citoyens ne connaissent pas très exactement les limites que la loi impose aux pouvoirs de la police. Plutôt que de s'exposer à l'usage de la force physique ou à des poursuites pour avoir volontairement entravé la police dans l'exécution de son devoir, il est probable que la personne raisonnable péchera par excès de prudence et obtempérera à la sommation en présumant qu'elle est légale. L'élément de contrainte psychologique, sous forme d'une perception raisonnable qu'on n'a vraiment pas le choix,

concerned submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist.

The question raised by the present case is whether, in the context of immigration and refugee screenings at Canadian ports of entry, the element of state compulsion is sufficient to constitute “detention” for the purposes of s. 10(b).

The decision in *Therens* was applied by the British Columbia Court of Appeal in the context of customs inspections in *R. v. Rodenbush* (1985), 21 C.C.C. (3d) 423, at p. 426. In that case, customs officials had been alerted by American authorities regarding the two accused. When the accused stopped at the border, their car was searched, their suitcases taken inside for further examination, and the accused were taken into an inspection room to await the report on the suitcases. The Court of Appeal held that following *Therens*, “there is no doubt in this case that when the two accused were asked to enter an interview room by customs officials they were “detained” within the meaning of s. 10” of the *Charter*.

Therens was also applied in *R. v. Kwok* (1986), 31 C.C.C. (3d) 196 (Ont. C.A.). The accused was interviewed by Canadian immigration authorities at Pearson International Airport. The immigration officer who interviewed the accused to determine if he was a genuine visitor to Canada doubted this, and prepared a report pursuant to s. 20 of the *Immigration Act* for the acting senior immigration officer. This officer reviewed the report and concluded that the accused should be detained pending an inquiry to determine whether he could be admitted to Canada. A similar conclusion was reached with respect to a co-accused, and a substantial amount of heroin was later found in the luggage of the co-accused during a customs search.

suffit pour rendre involontaire la privation de liberté. Il peut y avoir détention sans qu’il y ait contrainte physique ou menace de contrainte physique, si la personne intéressée se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu’elle n’a pas le choix d’agir autrement.

En l’espèce, il s’agit de savoir si, dans le contexte de la sélection des immigrants et des réfugiés aux points d’entrée au Canada, l’élément de la contrainte de l’État suffit à constituer une «détention» pour les fins de l’al. 10b).

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a appliqué l’arrêt *Therens* dans le contexte d’inspections douanières dans *R. c. Rodenbush* (1985), 21 C.C.C. (3d) 423, à la p. 426. Dans cette affaire, les autorités américaines avaient alerté les douaniers au sujet des deux accusés. Lorsque ceux-ci se sont arrêtés à la frontière, leur voiture a été fouillée, leurs valises ont été amenées à l’intérieur pour être examinées plus amplement et les accusés ont été conduits dans une salle d’inspection pour attendre le rapport concernant les valises. La Cour d’appel a jugé que, suivant l’arrêt *Therens*, [TRADUCTION] «il ne fait pas de doute en l’espèce que, lorsque des douaniers ont demandé aux deux accusés d’entrer dans une salle d’interrogatoire, ceux-ci étaient «détenus» au sens de l’art. 10» de la *Charte*.

L’arrêt *Therens* a également été appliqué dans *R. c. Kwok* (1986), 31 C.C.C. (3d) 196 (C.A. Ont.). L’accusé a été interrogé par les autorités de l’Immigration canadiennes à l’aéroport international Pearson. L’agent d’immigration qui a interrogé l’accusé afin de déterminer si celui-ci était vraiment un visiteur au Canada a eu des doutes et a rédigé un rapport à l’intention de l’agent principal intérimaire, conformément à l’art. 20 de la *Loi sur l’immigration*. Ce dernier a examiné le rapport et a conclu qu’il y avait lieu de détenir l’accusé pendant la tenue d’une enquête visant à déterminer s’il pouvait être admis au Canada. On a abouti à une conclusion semblable en ce qui concernait un coaccusé, et une quantité importante d’héroïne a été découverte plus tard dans les bagages du coaccusé au cours d’une fouille à la douane. L’accusé

The accused and his co-accused were then arrested and advised of their right to counsel.

Finlayson J.A., for the Ontario Court of Appeal, relied on this Court's decision in *Therens* and the decision in *R. v. Simmons* (1984), 11 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), and noted at p. 207 that "throughout the immigration and customs procedures, a person is under the restraint that he will not be allowed to enter Canada unless there is satisfactory compliance with the questioning and the searches provided for by the relevant statutes such as the *Customs Act* . . . and the *Immigration Act*". Finlayson J.A. concluded that such restraints do not by themselves constitute a detention in the constitutional sense.

The Court of Appeal rejected the Crown's concession that the accused had been detained by the senior immigration officer as soon as that officer decided to detain him under the *Immigration Act*. Finlayson J.A. stated at p. 207 that "[s]urely there must be some action on the part of the immigration authorities to indicate that the restriction on an immigrant's freedom has gone beyond that required for the processing of his application for entry and has become a restraint of liberty such as that contemplated by *Le Dain J.*" in *Therens*, *supra*. The court held that "the [accused] was detained when [the senior immigration officer], having filled out the detained convocation letter, invited the [accused] and [his co-accused] into his office with the intention of advising them of his decision to detain them". Finlayson J.A. apparently relied on the combination of a decision by the senior immigration officer to detain, and his action in calling the accused into his office to determine the point at which a detention had occurred for constitutional purposes.

This Court further considered the meaning of s. 10(b) "detention" in the case of *Simmons*, *supra*, in the context of customs inspections of travellers upon their arrival at Canadian ports of entry. In *Simmons*, the accused was routinely questioned by a customs officer, and was referred for a secondary inspection because she appeared overly nervous. The secondary inspector became suspicious and

et son coaccusé ont alors été arrêtés et informés de leur droit à l'assistance d'un avocat.

Le juge Finlayson, de la Cour d'appel de l'Ontario, s'est appuyé sur l'arrêt *Therens* de notre Cour et sur l'arrêt *R. c. Simmons* (1984), 11 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), pour ensuite faire remarquer, à la p. 207, que [TRADUCTION] «durant toutes les procédures d'immigration et de douane, une personne subit une contrainte en ce sens qu'elle ne sera autorisée à entrer au Canada que si elle se soumet de façon satisfaisante à l'interrogatoire et aux fouilles prévues par les lois pertinentes telles que la *Loi sur les douanes* [. . .] et la *Loi sur l'immigration*». Le juge Finlayson a conclu que de telles contraintes ne constituent pas en soi une détention au sens constitutionnel du terme.

La Cour d'appel a rejeté la concession du ministère public selon laquelle l'accusé avait été détenu par l'agent principal dès que cet agent avait décidé de le retenir en vertu de la *Loi sur l'immigration*. Le juge Finlayson a affirmé, à la p. 207, que [TRADUCTION] «[l]es autorités de l'Immigration doivent sûrement agir de manière à indiquer que la restriction de la liberté d'un immigrant a excédé ce qui est requis pour le traitement de sa demande d'admission et est devenue une entrave à la liberté comme celle envisagée par le juge *Le Dain*» dans l'arrêt *Therens*, précité. La cour a jugé que [TRADUCTION] «l'[accusé] était détenu lorsque [l'agent principal], après avoir rédigé la lettre de convocation des détenus, a invité l'[accusé] et [son coaccusé] dans son bureau afin de les informer de sa décision de les retenir.» Le juge Finlayson s'est apparemment appuyé à la fois sur la décision de l'agent principal de les retenir et sur le fait que ce dernier avait convoqué l'accusé dans son bureau, pour déterminer à quel moment il y avait eu détention à des fins constitutionnelles.

De plus, dans l'arrêt *Simmons*, précité, notre Cour a examiné le sens du mot «détention» utilisé à l'al. 10b), dans le contexte des inspections douanières que les voyageurs subissent à leur arrivée aux points d'entrée au Canada. Dans l'arrêt *Simmons*, l'accusée a été soumise à un interrogatoire de routine par un douanier, qui l'a envoyée subir une inspection secondaire parce qu'elle paraissait

obtained permission from the Customs Superintendent to search the accused, who was taken to a search room and strip searched. Cannabis resin was found in bandages taped to the accused.

Dickson C.J. stated at p. 517 that there are three distinct types of border search which carry different constitutional implications:

First is the routine of questioning which every traveller undergoes at a port of entry, accompanied in some cases by a search of baggage and perhaps a pat or frisk of outer clothing. No stigma is attached to being one of the thousands of travellers who are daily routinely checked in that manner upon entry to Canada and no constitutional issues are raised. It would be absurd to suggest that a person in such circumstances is detained in a constitutional sense and therefore entitled to be advised of his or her right to counsel. The second type of border search is the strip or skin search of the nature of that to which the present appellant was subjected, conducted in a private room, after a secondary examination and with the permission of a customs officer in authority. The third and most highly intrusive type of search is that sometimes referred to as the body cavity search, in which customs officers have recourse to medical doctors, to X-rays, to emetics, and to other highly invasive means.

The Chief Justice emphasized that each of the different types of search he identified raised different constitutional issues. He asserted that the more intrusive a search is, the greater the justification required and the constitutional protection afforded. Applying *Therens, supra*, Dickson C.J. went on to conclude that the accused was detained when she was required to undergo a strip search pursuant to the *Customs Act*. The accused could not have refused, and was clearly subject to external restraint as the customs officer had assumed con-

trop nerveuse. La préposée à l'inspection secondaire a eu des doutes et a obtenu du surintendant des douanes l'autorisation de fouiller l'accusée, qui a été conduite dans une salle d'examen et a subi une fouille à nu. On a trouvé sur l'accusée de la résine de cannabis retenue par des bandes adhésives.

Le juge en chef Dickson affirme, à la p. 517, qu'il y a trois types distincts de fouilles effectuées à la frontière qui entraînent des conséquences différentes sur le plan constitutionnel:

Premièrement, il y a l'interrogatoire de routine auquel est soumis chaque voyageur à un port d'entrée, lequel est suivi dans certains cas d'une fouille des bagages et peut-être même d'une fouille par palpation des vêtements extérieurs. Il n'y a rien d'infamant à être l'un des milliers de voyageurs qui font, chaque jour, l'objet de ce type de contrôle de routine à leur entrée au Canada et aucune question constitutionnelle n'est soulevée à cet égard. Il serait absurde de laisser entendre qu'une personne qui se trouve dans une telle situation est détenue au sens constitutionnel du terme et a le droit, en conséquence, d'être informée de son droit à l'assistance d'un avocat. Le second type de fouille effectuée à la frontière est la fouille à nu comme celle à laquelle a été soumise l'appelante en l'espèce. Cette fouille est effectuée dans une pièce fermée, après un examen secondaire et avec la permission d'un agent des douanes occupant un poste d'autorité. Le troisième type de fouille, celui qui comporte l'empiètement le plus poussé, est parfois appelé examen des cavités corporelles; pour ce genre de fouille, les agents des douanes ont recours à des médecins, à des rayons X, à des émétiques, ainsi qu'à d'autres moyens comportant un empiètement des plus poussés.

Le Juge en chef a souligné que chacun des différents types de fouilles qu'il a mentionnés soulevait des questions constitutionnelles différentes. Il a affirmé que plus une fouille est envahissante, plus elle doit être justifiée et plus grande doit être la protection constitutionnelle accordée. Appliquant l'arrêt *Therens*, précité, le juge en chef Dickson a ensuite conclu que l'accusée a été détenue lorsqu'elle a été contrainte de subir une fouille à nu conformément à la *Loi sur les douanes*. L'accusée n'aurait pas pu refuser et elle était nettement assujettie à une contrainte extérieure lorsque le douanier a restreint sa liberté d'action au moyen d'une

trol over her movements by a demand which had significant legal consequences.

In *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, which was decided in conjunction with *Simmons*, *supra*, the RCMP had warned customs officials that the accused was attempting to import narcotics into Canada. When the accused arrived at the border, he was questioned by a customs officer, and then, because of the warning, was ordered to enter an interview room where he was interrogated and then frisked. A bag of cocaine was found in his socks, and he was arrested and informed of his right to counsel.

Dickson C.J. declined to decide whether the accused had been detained from the moment of arrival at the border, as the trial judge had held. However, following *Simmons*, Dickson C.J. held at pp. 557-58 that the accused

was detained when he was ushered into the interview room by [the customs inspectors]. At this point the customs inspectors had assumed control over the movement of the [accused] by a demand that had significant legal consequences for him. The evidence indicates that the customs officials intended to search the [accused] regardless of his responses to their questions.

In my view, [the evidence] indicates that the decision to search the [accused], and to strip search him if necessary, had been made by the time the [accused] entered the interview room. The [accused] was clearly subject to restraint. He could not have refused to be searched and could not have continued on his way. I am therefore satisfied that the [accused] was detained, at least from this point onward, and should have been informed of his right to retain and instruct counsel.

It is important to recall that there is no right for non-citizens to enter or remain in Canada. In *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 733, Sopinka J. stated that “[t]he most fundamental principle of immigration law is that non-citizens

sommatton qui entraînait des conséquences sérieuses sur le plan juridique.

Dans l’arrêt *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, qui a été rendu en même temps que l’arrêt *Simmons*, précité, la GRC avait prévenu les autorités douanières que l’accusé tentait d’importer des stupéfiants au Canada. Lorsque l’accusé est arrivé à la frontière, un douanier l’a interrogé et, à cause de l’avis reçu de la GRC, on lui a ordonné d’entrer dans une salle d’interrogatoire où il a été interrogé puis soumis à une fouille par palpation. Après qu’on eut découvert un sac de cocaïne dans ses chaussettes, il a été arrêté et informé de son droit à l’assistance d’un avocat.

Le juge en chef Dickson a refusé de se prononcer sur la question de savoir si l’accusé avait été détenu dès son arrivée à la frontière, comme l’avait statué le juge du procès. Toutefois, suivant l’arrêt *Simmons*, le juge en chef Dickson a décidé, aux pp. 557 et 558, que l’accusé

était détenu lorsque les inspecteurs [des douanes] l’ont fait entrer dans la salle d’interrogation. À ce moment-là, les inspecteurs des douanes avaient restreint la liberté d’action de l’[accusé] au moyen d’une sommation qui avait, pour lui, des conséquences sérieuses sur le plan juridique. Il ressort de la preuve que les agents des douanes entendaient fouiller l’[accusé] indépendamment de ses réponses à leurs questions.

À mon avis, [la preuve] indique que la décision de fouiller l’[accusé] et de le soumettre à une fouille à nu, si nécessaire, avait déjà été prise lorsque l’[accusé] est entré dans la salle d’interrogation. L’[accusé] était clairement soumis à une contrainte. Il ne lui était pas loisible de refuser d’être fouillé, ni de poursuivre sa route. Je suis donc convaincu que l’[accusé] se trouvait détenu, pour le moins à partir de ce moment, et qu’il aurait dû être informé de son droit de recourir à l’assistance d’un avocat.

Il importe de se rappeler que les non-citoyens n’ont aucun droit d’entrer ou de rester au Canada. Dans *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, à la p. 733, le juge Sopinka affirme que «le principe le plus fondamental du droit de l’immigration veut

do not have an unqualified right to enter or remain in the country.” See also *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at p. 834, per La Forest J.

The questioning experienced by the appellant in this case is analogous to the first type of border search described by Dickson C.J. in *Simmons*, *supra*. It is well-established that the questioning of an individual by an agent of the state does not always give rise to a detention of constitutional import. In *Simmons*, *supra*, Dickson C.J. rejected the argument that, if a strip search is considered to be a detention with constitutional consequences, then all travellers passing through customs would be detained and therefore have a right to counsel under s. 10(b). He held, at p. 521:

In *Therens*, *supra*, Le Dain J. stated that not all communication with police officers and other state authorities will amount to detention within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*. This statement is equally valid with respect to the customs situation. I have little doubt that routine questioning by customs officials at the border or routine luggage searches conducted on a random basis do not constitute detention for the purposes of s. 10. There is no doubt, however, that when a person is taken out of the normal course and forced to submit to a strip search that person is detained within the meaning of s. 10.

The questioning which occurred in this case is similarly a routine part of the general screening process for persons seeking entry to Canada. As Dickson C.J. observed in *Simmons* at p. 528 in the context of the *Charter* protection against unreasonable search and seizure in s. 8,

[p]eople do not expect to be able to cross international borders free from scrutiny. It is commonly accepted that sovereign states have the right to control both who and what enters their boundaries. For the general welfare of the nation the state is expected to perform this role. Without the ability to establish that all persons who seek to cross its borders and their goods are legally entitled to enter the country, the state would be precluded from

que les non-citoyens n'aient pas un droit absolu d'entrer au pays ou d'y demeurer.» Voir également *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, à la p. 834, le juge La Forest.

L'interrogatoire subi par l'appelant en l'espèce est analogue au premier type de fouille effectuée à la frontière, que mentionne le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Simmons*, précité. Il est bien établi que l'interrogatoire d'un particulier par un agent de l'État n'entraîne pas toujours une détention au sens constitutionnel du terme. Dans l'arrêt *Simmons*, précité, le juge en chef Dickson a rejeté l'argument selon lequel, si une fouille à nu était considérée comme une détention entraînant des conséquences constitutionnelles, tous les voyageurs qui passent aux douanes seraient alors détenus et auraient donc droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10b). Il statue, à la p. 521:

Dans l'arrêt *Therens*, précité, le juge Le Dain a affirmé que ce ne sont pas tous les rapports avec des agents de police ou d'autres autorités de l'État qui constituent une détention au sens de l'al. 10b) de la *Charte*. Cette déclaration vaut également à l'égard de la situation rencontrée aux douanes. Je ne doute guère que l'interrogatoire de routine auquel procèdent les agents des douanes à la frontière ou la fouille ordinaire des bagages pratiquée au hasard ne constituent pas une détention aux fins de l'art. 10. Il ne fait toutefois aucun doute qu'une personne à qui l'on cesse d'appliquer la procédure normale et que l'on force à subir une fouille à nu est détenue au sens de l'art. 10.

Pareillement, l'interrogatoire effectué en l'espèce fait partie systématiquement du processus général de sélection des personnes qui cherchent à entrer au Canada. Comme le juge en chef Dickson le fait remarquer, à la p. 528 de l'arrêt *Simmons*, dans le contexte de la protection qu'offre l'art. 8 de la *Charte* contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives,

les gens ne s'attendent pas à traverser les frontières internationales sans faire l'objet d'une vérification. Il est communément reconnu que les États souverains ont le droit de contrôler à la fois les personnes et les effets qui entrent dans leur territoire. On s'attend à ce que l'État joue ce rôle pour le bien-être général de la nation. Or, s'il était incapable d'établir que tous ceux qui cherchent à traverser ses frontières ainsi que leurs effets peuvent

performing this crucially important function. Consequently, travellers seeking to cross national boundaries fully expect to be subject to a screening process. This process will typically require the production of proper identification and travel documentation. . . .

Similarly, in *Kwok, supra*, at p. 207, the Ontario Court of Appeal held that the restraints necessary to determine whether persons presenting themselves for entry to Canada comply with the statutory requirements for entry do not constitute a detention within the meaning of s. 10(b). The Court of Appeal recognized that at a border the state has an interest in controlling entry into the country. Individuals expect to undergo questioning with respect to their entry into Canada whether that be in the immigration or customs context. These interests and expectations dictate that examination of a person for purposes of entry must be analyzed differently from the questioning of a person within Canada.

In this case, unlike in *Kwok*, there was no "action on the part of the immigration authorities to indicate that the restriction on [the appellant's] freedom ha[d] gone beyond that required for the processing of his application for entry and ha[d] become a restraint of liberty such as that contemplated by *Le Dain J.*" in *Therens, supra*. The questioning which occurred in this case was purely for the purpose of processing the appellant's application for entry and determining the appropriate procedures which should be invoked in order to deal with his application for Convention refugee status.

Another factor identified in *Simmons* as indicating that no detention of constitutional consequence occurs during routine questioning is the absence of stigma. Clearly, there is no stigma associated with a referral to a secondary examination. For instance, Canadian citizens who are not able to demonstrate their identity are often referred to a secondary examination for confirmation of their citizenship. In addition, persons who are unable or unwilling to answer questions, applicants for per-

légalement pénétrer dans son territoire, l'État ne pourrait pas remplir cette fonction éminemment importante. Conséquemment, les voyageurs qui cherchent à traverser des frontières internationales s'attendent parfaitement à faire l'objet d'un processus d'examen. Ce processus se caractérise par la production des pièces d'identité et des documents de voyage requis . . .

De même, à la p. 207 de l'arrêt *Kwok*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que les contraintes nécessaires pour déterminer si les personnes qui se présentent en vue d'être admises au Canada se conforment aux exigences de la Loi relatives à leur admission ne constituent pas une détention au sens de l'al. 10b). La Cour d'appel a reconnu qu'à la frontière l'État a intérêt à contrôler l'admission au pays. Les gens s'attendent à subir un interrogatoire concernant leur admission au Canada, et ce, tant dans un contexte d'immigration que dans un contexte de douane. À cause de ces intérêts et de ces attentes, l'interrogatoire d'une personne aux fins de son admission doit être analysé différemment de l'interrogatoire d'une personne qui se trouve au Canada.

En l'espèce, contrairement à l'arrêt *Kwok*, [TRANSDUCTION] «[l]es autorités de l'Immigration [n'ont pas agi] de manière à indiquer que la restriction de la liberté [de l'appellant] a[vait] excédé ce qui est requis pour le traitement de sa demande d'admission et [était] devenue une entrave à la liberté comme celle envisagée par le juge *Le Dain*» dans l'arrêt *Therens*, précité. L'interrogatoire en l'espèce a été effectué simplement en vue de traiter la demande d'admission de l'appellant et de déterminer la procédure qu'il conviendrait d'appliquer pour examiner sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention.

Un autre facteur décrit dans l'arrêt *Simmons* comme indiquant que, durant un interrogatoire de routine, il n'y a pas de détention entraînant des conséquences constitutionnelles est l'absence d'infamie. Il n'y a manifestement rien d'infamant à devoir subir un examen secondaire. Par exemple, les citoyens canadiens qui ne peuvent prouver leur identité sont souvent soumis à un examen secondaire pour confirmer leur citoyenneté. De plus, les personnes qui ne peuvent pas ou ne veulent pas

manent resident status, and Canadian citizens in possession of an emergency passport issued by a Canadian embassy official abroad to facilitate their return to Canada are habitually referred to a secondary examination. With respect to visitors in particular (in addition to persons claiming Convention refugee status), persons coming to seek or undergo medical treatment, persons in possession of emergency travel documents, persons intending to seek or take employment, persons intending to follow any course of study, and persons intending to remain more than six months are generally subject to a secondary examination referral.

As Mahoney J.A. noted for the majority of the Federal Court of Appeal, it would be unreasonable to expect the screening process for all persons seeking entry into Canada to take place in the primary examination line. For those persons who cannot immediately produce documentation indicating their right of entry, the screening process will require more time, and a referral to a secondary examination is therefore required. There is, however, no change in the character of the examination simply because it is necessary for reasons of time and space to continue it at a later time in a different section of the processing area. The examination remains a routine part of the general screening process for persons seeking entry to Canada. It is clear from the wording of s. 12(3)(a) of the *Immigration Act* that a referral to a secondary examination is a continuation or completion of the initial examination which takes place in the primary inspection line. The facts of this case confirm that what took place was a continuation of the examination and not a transformation of it into a detention for constitutional purposes.

The questioning of the appellant was clearly distinguishable from an intrusive strip search. As Dickson C.J. stated at p. 517 in *Simmons, supra*,

répondre à des questions, les requérants du statut de résident permanent et les citoyens canadiens en possession d'un passeport d'urgence délivré par un fonctionnaire d'une ambassade canadienne à l'étranger afin de faciliter leur retour au Canada sont habituellement soumis à un examen secondaire. En ce qui concerne les visiteurs en particulier (outre les personnes qui revendiquent le statut de réfugié au sens de la Convention), les personnes qui viennent demander ou subir un traitement médical, les personnes en possession de documents de voyage d'urgence, les personnes ayant l'intention de chercher ou d'occuper un emploi, les personnes ayant l'intention de poursuivre des études et les personnes ayant l'intention de rester plus de six mois doivent généralement subir un examen secondaire.

Comme le juge Mahoney l'a fait remarquer au nom de la Cour d'appel fédérale à la majorité, il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce que le processus de sélection applicable à toutes les personnes qui cherchent à entrer au Canada se déroule à l'étape de l'examen primaire. Dans le cas des personnes qui sont incapables de produire immédiatement des documents indiquant qu'elles ont le droit d'entrer au pays, le processus de sélection prend plus de temps et un renvoi à un examen secondaire est donc nécessaire. Le caractère de l'examen ne change toutefois pas simplement parce qu'il est nécessaire, pour des raisons de temps et d'espace, de le poursuivre plus tard dans une autre partie de la section de traitement. L'examen continue de faire partie systématiquement du processus général de sélection des personnes qui cherchent à entrer au Canada. Il ressort clairement du texte de l'al. 12(3)a) de la *Loi sur l'immigration* que le renvoi à un examen secondaire est la continuation ou le parachèvement de l'examen initial qui a lieu à l'étape de l'inspection primaire. Les faits de la présente affaire confirment que ce qui s'est produit était bien une continuation de l'examen et non pas sa transformation en une détention à des fins constitutionnelles.

On pouvait très bien distinguer l'interrogatoire de l'appellant d'avec une fouille à nu envahissante. Comme l'affirme le juge en chef Dickson, à la

the degree of constitutional protection will be a function of the degree of intrusiveness of the search at issue. While the present case does not concern a search, but rather questioning, an analogy can be drawn. The questioning of the appellant was routine in nature, and concerned solely with his reasons for wishing to enter Canada, and the basis upon which he wanted to do so.

It is important to note that neither the existence of a statutory duty to answer the questions posed by the immigration officer nor the existence of criminal penalties for both the failure to answer questions and knowingly making a false or misleading statement necessitates the conclusion that the appellant was detained within the meaning of s. 10(b). These provisions are both logically and rationally connected to the role of immigration officials in examining those persons seeking to enter the country. Indeed, they are required to ensure that border examinations are taken seriously and are effective. Both of these types of provisions also exist in the *Customs Act*, and as I have already discussed, this Court held in *Simmons* at p. 517 that it would be absurd to suggest that routine questioning by a customs officer constitutes a detention for the purposes of s. 10(b).

For these reasons, I conclude that the appellant was not detained at the port of entry within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*.

2. *Did the Appellant Have a Right to Counsel Under Section 7?*

In *Singh v. Minister of Employment and Immigration, supra*, Wilson J. held that since the refugee claim determination process has the potential to deprive a Convention refugee of security of the person, the determination process must accord with the principles of fundamental justice. Wilson J. held at p. 210:

Given the potential consequences for the appellants of a denial of [Convention refugee] status if they are in fact

p. 517 de l'arrêt *Simmons*, précité, le degré de protection constitutionnelle accordée variera selon le caractère plus ou moins envahissant de la fouille en question. Bien que la présente affaire porte non pas sur une fouille, mais plutôt sur un interrogatoire, on peut établir une analogie. L'interrogatoire de l'appelant était de caractère routinier et portait uniquement sur les raisons pour lesquelles il souhaitait entrer au Canada et le fondement sur lequel il voulait le faire.

Il importe de souligner que ni l'existence d'une obligation légale de répondre aux questions posées par l'agent d'immigration ni l'existence de sanctions criminelles tant pour l'omission de répondre aux questions que pour le fait de formuler sciemment une déclaration fautive ou trompeuse n'obligent à conclure que l'appelant a été détenu au sens de l'al. 10b). Ces dispositions sont liées logiquement et rationnellement au rôle que jouent les fonctionnaires de l'Immigration lorsqu'ils interrogent les personnes qui cherchent à entrer au pays. En fait, ils doivent s'assurer que les interrogatoires effectués à la frontière sont pris au sérieux et sont efficaces. Ces deux genres de dispositions existent également dans la *Loi sur les douanes* et, comme je l'ai déjà mentionné, notre Cour a jugé, à la p. 517 de l'arrêt *Simmons*, qu'il serait absurde de laisser croire qu'un interrogatoire de routine effectué par un douanier constitue une détention aux fins de l'al. 10b).

Pour ces motifs, je conclus que l'appelant n'a pas été détenu au point d'entrée, au sens de l'al. 10b) de la *Charte*.

2. *L'appelant avait-il droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 7?*

Dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, le juge Wilson statue que, vu que le processus de reconnaissance du statut de réfugié peut porter atteinte au droit d'un réfugié au sens de la Convention à la sécurité de sa personne, le processus de reconnaissance doit être conforme aux principes de justice fondamentale. Le juge Wilson affirme, à la p. 210:

Étant donné les conséquences que la négation d[u] statut [de réfugié au sens de la Convention] peut avoir pour les

persons with a “well-founded fear of persecution”, it seems to me unthinkable that the *Charter* would not apply to entitle them to fundamental justice in the adjudication of their status.

Assuming without deciding that s. 7 is engaged in the circumstances of this case, what must be determined is whether the principles of fundamental justice include a right to counsel in these circumstances.

The relationship between s. 7 and the rights in ss. 8 to 14 of the *Charter* has been considered in various decisions of this Court. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 502-3, Lamer J. (as he then was) stated that ss. 8 to 14 of the *Charter* address specific deprivations of the right guaranteed by s. 7. He asserted that it “would be incongruous to interpret s. 7 more narrowly than the rights in ss. 8 to 14”. This must be read in light of Lamer J.’s later discussion in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1178, in which he stated that “it is neither wise nor necessary to subsume all other rights in the *Charter* within s. 7. A full and generous interpretation of the *Charter* that extends the full benefit of its protection to individuals can be achieved without the incorporation of other rights and freedoms within s. 7”. Lamer J. continued by noting that s. 1 does not apply to s. 7 because of its “permissive” nature. Therefore, he reasoned, by interpreting s. 7 so that it does not subsume the other rights in the *Charter*, individuals may be afforded greater protection since restrictions on their rights guaranteed by provisions other than s. 7 must be justified under s. 1. For that reason, Lamer J. concluded that “it is desirable to maintain a conceptual distinction between the rights guaranteed by s. 7 and the other freedoms in the *Charter*”.

The concept of residual protection under s. 7 of the interests that the rights in ss. 8 to 14 are designed to protect was addressed in *Thomson*

appelants si ce sont effectivement des personnes «craignant avec raison d’être persécutée[s]», il me semble inconcevable que la *Charte* ne s’applique pas de manière à leur donner le droit de bénéficier des principes de justice fondamentale dans la détermination de leur statut.

À supposer, sans en décider, que l’art. 7 s’applique en l’espèce, il faut déterminer si les principes de justice fondamentale comprennent le droit à l’assistance d’un avocat dans ces circonstances.

Le rapport entre l’art. 7 et les droits prévus aux art. 8 à 14 de la *Charte* a été étudié dans divers arrêts de notre Cour. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 502 et 503, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) affirme que les art. 8 à 14 de la *Charte* visent des atteintes spécifiques au droit garanti par l’art. 7. Il dit qu’il «serait absurde d’interpréter l’art. 7 de façon plus étroite que les droits garantis aux art. 8 à 14». Ce passage doit s’interpréter à la lumière de l’analyse que le juge Lamer a effectuée ultérieurement dans le *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1178, où il affirme qu’«il n’est ni sage ni nécessaire d’englober tous les autres droits de la *Charte* dans l’art. 7. On peut parvenir à une interprétation large et généreuse de la *Charte* qui accorde aux individus tout le bénéfice de sa protection sans incorporer d’autres droits et libertés à l’art. 7». Le juge Lamer ajoute que l’article premier ne s’applique pas à l’art. 7 parce que, de par sa nature, il comporte une «faculté». Par conséquent, selon lui, si on interprète l’art. 7 de façon qu’il n’englobe pas les autres droits de la *Charte*, les particuliers peuvent se voir accorder une plus grande protection puisqu’une restriction de leurs droits garantis par des dispositions autres que l’art. 7 doit être justifiée en vertu de l’article premier. Pour cette raison, le juge Lamer conclut qu’«il est [...] souhaitable de maintenir une distinction conceptuelle entre les droits garantis par l’art. 7 et les autres droits garantis par la *Charte*».

Dans l’arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du com-*

Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 537. In that case, La Forest J. stated that he was “prepared to agree that s. 7 of the *Charter* may in certain contexts at least provide residual protection to the interests the right is designed to protect that goes beyond the specific protection provided by ss. 11(c) and 13”. Therefore, La Forest J. concluded, the fact that the appellants in that case did not meet the requirements of ss. 11(c) and 13 was not fatal to their claim. A similar position was taken by Wilson J., dissenting on other grounds, at p. 470.

Recently, in *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, at p. 688, this Court held that when the plaintiff’s complaint falls squarely within a highly specific guarantee in ss. 8 to 14, then the *Charter* challenge must be determined according to that section, rather than under s. 7. See also *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at p. 310. Applying this reasoning to the case at bar, there may be residual protection of the right to counsel under s. 7 in situations which do not fall within the parameters of “arrest or detention” in s. 10(b).

It is clear that the concept of fundamental justice includes at a minimum the notion of procedural fairness: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 322; and *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361. According to *Singh* at p. 213, the procedures set out in the *Immigration Act* must “provide an adequate opportunity for a refugee claimant to state his case and know the case he has to meet”. Wilson J. noted, however, that procedural fairness may require different procedures depending on the context. This point was also made by La Forest J. in *Lyons* at p. 361:

It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to

merce), [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 537, notre Cour a traité de la notion de la protection résiduelle que l’art. 7 peut accorder aux intérêts que les droits garantis aux art. 8 à 14 visent à protéger. Dans cette affaire, le juge La Forest a dit qu’il était «prêt à reconnaître que l’art. 7 de la *Charte* peut accorder, à tout le moins dans certains cas, aux intérêts que le droit vise à protéger une protection résiduelle qui va au-delà de la protection spécifique prévue par l’al. 11c) et l’art. 13». Le juge La Forest a donc conclu que le fait que les appelants dans cette affaire ne satisfaisaient pas aux exigences de l’al. 11c) et de l’art. 13 n’était pas fatal à leur demande. Le juge Wilson, dissidente pour d’autres motifs, a adopté un point de vue semblable à la p. 470.

Récemment, dans l’arrêt *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, à la p. 688, notre Cour a conclu que lorsqu’une plainte est visée directement par une garantie très précise des art. 8 à 14, il convient alors d’examiner la contestation fondée sur la *Charte* au regard de cette disposition et non de l’art. 7. Voir aussi *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, à la p. 310. Si on applique ce raisonnement à la présente affaire, il peut y avoir une protection résiduelle du droit à l’assistance d’un avocat en vertu de l’art. 7 dans des cas qui ne tombent pas à l’intérieur des paramètres de l’«arrestation ou de [la] détention» établis à l’al. 10b).

Il est évident que la notion de justice fondamentale comprend tout au moins la notion d’équité en matière de procédure: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la p. 322; et *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 361. Selon l’arrêt *Singh*, à la p. 213, la procédure énoncée dans la *Loi sur l’immigration* doit «offrir[ir] à la personne qui revendique le statut de réfugié une possibilité suffisante d’exposer sa cause et de savoir ce qu’elle doit prouver». Le juge Wilson fait toutefois remarquer que l’équité en matière de procédure peut exiger des procédures différentes selon les circonstances. Le juge La Forest fait aussi remarquer cela dans l’arrêt *Lyons*, à la p. 361:

Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le

the context in which they are invoked. Thus, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another.

See also, *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at pp. 895-96, per Sopinka J.; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682, per L'Heureux-Dubé J.; and *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, at p. 882.

The further point was made in *Lyons* at p. 362 that "s. 7 of the *Charter* entitles the [accused] to a fair hearing; it does not entitle him to the most favourable procedures that could possibly be imagined"; see also *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 412. In my view, the principles of fundamental justice do not require that the appellant be provided with counsel at the pre-inquiry or pre-hearing stage of the refugee claim determination process. While the right to counsel under s. 7 may apply in other cases besides those which are encompassed by s. 10(b), for example in cases involving the right to counsel at a hearing, it is clear from my earlier comments that the secondary examination of the appellant at the port of entry is not analogous to a hearing. Certainly, factual situations which are closer or analogous to criminal proceedings will merit greater vigilance by the courts. However, in an immigration examination for routine information-gathering purposes, the right to counsel does not extend beyond those circumstances of arrest or detention described in s. 10(b).

The requirement of a hearing for the adjudication of Convention refugee claims was discussed in *Singh* at pp. 213-14. Wilson J. held that where the question of whether the appellant's claim to Convention refugee status involves an issue of credibility, the appellant is entitled to an oral hear-

contexte dans lequel on les invoque. Ainsi, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l'être dans une autre.

^a Voir également *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, aux pp. 895 et 896, le juge Sopinka; ^b *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la p. 682, le juge L'Heureux-Dubé; et *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, à la p. 882.

^c À la page 362 de l'arrêt *Lyons*, on fait en outre remarquer que «l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'[accusé] 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 également *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 412. À mon avis, les principes de justice fondamentale n'exigent pas que l'appelant dispose des services d'un avocat au stade du processus de reconnaissance du statut de réfugié qui précède l'enquête ou l'audience. Bien que le droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 7 puisse s'appliquer dans d'autres cas que ceux visés par l'al. 10(b), comme, par exemple, dans des affaires concernant le droit à l'assistance d'un avocat lors d'une audience, il ressort clairement de mes observations antérieures que l'examen secondaire subi par l'appelant au point d'entrée n'est pas analogue à une audience. Certes, les tribunaux devront être plus vigilants en ce qui concerne les situations de fait qui se rapprochent davantage des procédures criminelles ou qui leur sont analogues. Cependant, ^d dans un interrogatoire en matière d'immigration effectué dans le but de recueillir des renseignements de routine, le droit à l'assistance d'un avocat ne s'étend pas au-delà des circonstances de l'arrestation ou de la détention prévues à l'al. 10(b).

^e L'obligation de tenir une audience pour trancher les revendications du statut de réfugié au sens de la Convention a été examinée dans l'arrêt *Singh*, à la p. 214. Le juge Wilson a décidé que, lorsque la question de savoir si la revendication, par l'appelant, du statut de réfugié au sens de la Convention

ing: “where a serious issue of credibility is involved, fundamental justice requires that credibility be determined on the basis of an oral hearing”. An inquiry to determine whether the appellant’s claim to Convention refugee status had a credible basis was held, and the appellant was informed of his right to obtain the services of and be represented by counsel at the inquiry pursuant to s. 30(1) of the *Immigration Act*. The appellant was in fact represented by counsel during the credible basis inquiry. The concern raised by Wilson J. in *Singh* related to the adequacy of “the opportunity the [procedural] scheme provides for a refugee claimant to state his case and know the case he has to meet” (p. 214). This concern is met in the present case by the requirement of a subsequent oral hearing.

To allow counsel at port of entry interviews would, in the words of Heald J.A. in *Montfort v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 F.C. 478 (C.A.), at pp. 481-82, “entail another “mini-inquiry” or “initial inquiry” possibly just as complex and prolonged as the inquiry provided for under the Act and Regulations”. This would constitute unnecessary duplication. The purpose of the port of entry interview was, as I have already observed, to aid in the processing of the appellant’s application for entry and to determine the appropriate procedures which should be invoked in order to deal with his application for Convention refugee status. The principles of fundamental justice do not include a right to counsel in these circumstances of routine information gathering.

VI. Conclusion

As I have concluded that the appellant’s rights under ss. 10(b) and 7 of the *Charter* were not violated, it is unnecessary to address the application of s. 24(2) of the *Charter*.

comporte une question de crédibilité, l’appelant a droit à une audition: «lorsqu’une question importante de crédibilité est en cause, la justice fondamentale exige que cette question soit tranchée par voie d’audition». On a tenu une enquête pour déterminer si la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention présentée par l’appelant avait un minimum de fondement, et l’appelant a été informé de son droit de retenir les services d’un avocat et d’être représenté par celui-ci lors de l’enquête tenue conformément au par. 30(1) de la *Loi sur l’immigration*. L’appelant a, en fait, été représenté par un avocat durant l’enquête sur le minimum de fondement de sa revendication. La préoccupation du juge Wilson dans l’arrêt *Singh* concernait le caractère suffisant de «la possibilité qu[e le régime de procédure] offre à la personne qui revendique le statut de réfugié d’exposer sa cause et de savoir ce qu’elle doit prouver» (p. 214). L’exigence d’une audition subséquente en l’espèce vient dissiper cette préoccupation.

D’après le juge Heald dans l’arrêt *Montfort c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1980] 1 C.F. 478 (C.A.), à la p. 482, permettre le recours aux services d’un avocat dans les interrogatoires effectués aux points d’entrée «aurait pour effet d’entraîner la tenue d’une autre «mini-enquête» ou «enquête initiale» qui serait peut-être aussi longue et complexe que celle prévue par la Loi et le Règlement». Cela ferait inutilement double emploi. L’interrogatoire effectué au point d’entrée avait pour but, comme je l’ai déjà fait remarquer, de faciliter le traitement de la demande d’admission de l’appelant et de déterminer la procédure qu’il conviendrait d’appliquer pour examiner sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention. Les principes de justice fondamentale ne comprennent pas le droit à l’assistance d’un avocat quand il s’agit de recueillir des renseignements de routine.

i VI. Conclusion

Comme j’ai conclu qu’il n’y a pas eu violation des droits garantis à l’appelant par l’al. 10(b) et l’art. 7 de la *Charte*, il n’est pas nécessaire d’examiner la question de l’application du par. 24(2) de la *Charte*.

For the foregoing reasons, I would therefore dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Hoppe, Jackman & Associates, Montréal.

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the intervener: David Matas, Edmonton.

Pour les motifs qui précèdent, je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

^a *Procureurs de l'appellant: Hoppe, Jackman & Associates, Montréal.*

Procureur de l'intimé: John C. Tait, Ottawa.

^b *Procureur de l'intervenant: David Matas, Edmonton.*

The Minister of Finance of Canada, the Minister of National Health and Welfare of Canada and the Attorney General of Canada *Appellants*

v.

Robert James Finlay *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Alberta and the National Anti-Poverty Organization *Interveners*

INDEXED AS: FINLAY v. CANADA (MINISTER OF FINANCE)

File No.: 22162.

*1992: March 23.

*Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson JJ.

**Rehearing: 1993: January 28; 1993: March 25.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Social welfare — Social assistance — Overpayments — Manitoba making deductions from social assistance payments in order to recover overpayments — Provinces required to “take into account the basic requirements” of persons in need in order to be eligible for federal cost sharing — Whether deductions violate Canada Assistance Plan or agreement between Manitoba and federal government — Canada Assistance Plan, R.S.C., 1985, c. C-1, s. 6(2)(a), (b) — Social Allowances Act, R.S.M. 1987, c. S160, s. 20(3).

Social welfare — Social assistance — Rates — Manitoba allowing municipalities to set own rates of assistance — Whether practice violates Canada Assistance

Le ministre des Finances du Canada, le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social du Canada et le procureur général du Canada *Appelants*

c.

Robert James Finlay *Intimé*

et

Le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de l'Alberta et l'Organisation nationale anti-pauvreté *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: FINLAY c. CANADA (MINISTRE DES FINANCES)

N° du greffe: 22162.

*1992: 23 mars.

*Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Stevenson.

**Nouvelle audition: 1993: 28 janvier; 1993: 25 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Bien-être social — Aide sociale — Paiements en trop — Retenues effectuées par le Manitoba sur des paiements d'aide sociale afin de récupérer des sommes versées en trop — Provinces tenues de fournir une aide qui soit «compatible» avec les «besoins fondamentaux» des personnes nécessiteuses pour avoir droit au partage des frais par le gouvernement fédéral — Les retenues contreviennent-elles au Régime d'assistance publique du Canada ou à l'accord intervenu entre le Manitoba et le gouvernement fédéral? — Régime d'assistance publique du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-1, art. 6(2)a, b) — Loi sur l'aide sociale, L.R.M. 1987, ch. S160, art. 20(3).

Bien-être social — Aide sociale — Taux — Manitoba permettant aux municipalités de fixer leurs propres taux d'assistance — Cette pratique contrevient-elle au

Plan — Canada Assistance Plan, R.S.C., 1985, c. C-1, s. 4.

Respondent, who suffers from permanent disabilities, receives social assistance from the Manitoba government. The province began making deductions from his assistance payments to permit recovery of overpayments it had made. Respondent brought an action, as a public interest litigant, seeking a declaration that the federal contribution payments to the Manitoba social assistance scheme under the *Canada Assistance Plan* (CAP) are illegal so long as the *Manitoba Social Allowances Act* (SAA) continues to authorize reducing an allowance below the level of basic requirements or so long as Manitoba permits its municipalities to establish their own rates of assistance. CAP requires a province to provide financial assistance in an amount or manner that “takes into account the basic requirements” of a person in need in order to be eligible for federal contribution. The trial judge found that Manitoba’s scheme for deductions for overpayments violated CAP, but that CAP did not prohibit municipalities from setting social assistance rates. The Federal Court of Appeal concluded that Manitoba was breaching CAP on both grounds. This appeal is to determine (1) whether deductions from an individual’s social assistance to permit recovery of overpayments violate CAP or the agreement between Manitoba and the federal government made pursuant to CAP; and (2) whether Manitoba’s practice of permitting municipalities to establish their own rates of social assistance independent of provincial scrutiny violates CAP.

Held (La Forest, L’Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

(1) *Recovery of Overpayments*

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major JJ.: Given the nature and objects of CAP, which is a spending statute, the conditions attached to the federal government’s contribution are not designed to dictate the precise terms of the provincial legislation, but rather to promote legislation which achieves substantial compliance with the objectives of CAP. Section 6(2)(a), in requiring the province to “take into account” the basic requirements of a person in need, requires assis-

Régime d’assistance publique du Canada? — Régime d’assistance publique du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-1, art. 4.

L’intimé, atteint d’une incapacité permanente, reçoit une allocation d’aide sociale du gouvernement manitobain. La province a commencé à effectuer sur cette allocation des retenues visant à récupérer des sommes qu’elle avait versées en trop. L’intimé a intenté, à titre de partie ayant qualité pour agir dans l’intérêt public, une action en vue d’obtenir un jugement déclarant que la contribution fédérale au régime d’aide sociale du Manitoba, faite conformément au *Régime d’assistance publique du Canada* (RAPC), sera illégale tant que la *Loi sur l’aide sociale* du Manitoba continuera à autoriser des retenues qui rendent l’allocation d’une personne insuffisante pour combler ses besoins fondamentaux ou tant que le Manitoba permettra à ses municipalités de fixer leurs propres taux d’assistance. Aux termes du RAPC, pour avoir droit à la contribution fédérale, une province doit fournir l’aide financière dans une mesure ou d’une manière «compatibles avec [les] besoins fondamentaux» de la personne nécessiteuse. Le juge de première instance a conclu que le régime manitobain prévoyant des retenues aux fins de recouvrer les paiements en trop violait le RAPC, mais que le RAPC n’interdisait pas la fixation de taux d’aide sociale par les municipalités. La Cour d’appel fédérale a conclu que le Manitoba violait le RAPC dans les deux cas. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si les retenues effectuées sur l’allocation d’aide sociale d’une personne afin de récupérer des sommes versées en trop contreviennent au RAPC ou à l’accord intervenu entre le Manitoba et le gouvernement fédéral conformément au RAPC, et (2) si la pratique qui consiste, au Manitoba, à permettre aux municipalités de fixer leurs propres taux d’aide sociale sans assujettissement à un contrôle provincial contrevient au RAPC.

Arrêt (les juges La Forest, L’Heureux-Dubé, Cory et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

(1) *Le recouvrement des paiements en trop*

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major: Compte tenu de la nature et des objets du RAPC, qui est une loi qui autorise l’engagement de dépenses, les conditions dont est assortie la contribution du gouvernement fédéral visent non pas à dicter les termes précis de la législation provinciale, mais plutôt à promouvoir les mesures législatives qui permettent de respecter, pour l’essentiel, les objectifs du RAPC. En exigeant que la province tienne compte

tance to be provided in an amount that is compatible with an individual's basic requirements, and thus requires something more than mere "consideration" of those requirements, but it does not require a province to provide an amount of assistance that "fulfils" or "equals" basic requirements for each payment period. The words used do not suggest such a rigid requirement, and some flexibility in the standard imposed on the provinces is to be expected having regard to the context of CAP. In s. 6(2)(b), the words "take into account" have a different meaning and indicate that a province must consider the factors listed in determining who is a person in need and how much assistance should be provided.

Under the SAA and *Social Allowances Regulation*, Manitoba provides an allowance for "basic necessities", which essentially correspond to the "basic requirements" in CAP, but also provides, in s. 20(3) of the SAA, for deductions to be made from this basic amount to permit the recovery of overpayments. The effect of this provision is to allow for the gradual recovery of an amount that should not have been paid out in the first place. Once that recovery is completed the individual will have received exactly that to which he or she is entitled, if the payments over the entire duration are considered, and will thus have received an amount consistent with basic requirements. Such provision for the recovery of overpayments is foreseen in CAP and the Regulations thereunder, and the Manitoba plan for preventing and recovering overpayments has received federal approval. Section 20(3) of the SAA, added in 1980, specifically limits deductions to recover overpayments to amounts that "would not cause undue hardship to the recipient", and there remains a right of appeal under s. 9, including the ground of appeal that the amount of social allowance or municipal assistance granted is insufficient to meet the individual's needs. Deductions from an individual's social assistance to permit recovery of overpayments therefore do not violate CAP or the agreement between Manitoba and the federal government.

Per L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. (dissenting): In order to be eligible for federal contribution to the costs of social assistance, the provinces must have in place a scheme which provides for the basic require

(«take(s) into account») des besoins fondamentaux de la personne nécessiteuse, l'al. 6(2)a exige que le montant de l'aide fournie soit compatible avec les besoins fondamentaux d'une personne et requiert donc quelque chose de plus que la simple «considération» de ces besoins. Il n'exige toutefois pas d'une province qu'elle fournisse un montant d'aide qui «comble» les besoins fondamentaux ou qui soit «équivalent» à ceux-ci pour chaque période de paiement. Les termes employés ne laissent pas entrevoir une exigence aussi stricte et il faut s'attendre à une certaine souplesse quant à la norme imposée aux provinces, compte tenu du contexte du RAPC. À l'alinéa 6(2)b, l'expression «tiendra compte» a un sens différent et indique qu'une province doit considérer les facteurs énumérés pour déterminer qui est une personne nécessiteuse et quel montant d'aide devrait lui être fourni.

Suivant la *Loi sur l'aide sociale* et le *Règlement sur l'aide sociale*, le Manitoba verse des allocations pour les «besoins essentiels», lesquels correspondent essentiellement aux «besoins fondamentaux» du RAPC, mais il prévoit aussi, au par. 20(3) de la *Loi sur l'aide sociale*, des retenues sur ce montant de base afin de permettre le recouvrement des sommes versées en trop. Cette disposition a pour effet de permettre le recouvrement progressif d'une somme qui n'aurait jamais dû être versée. Lorsque les sommes versées en trop auront été récupérées au complet, la personne en question aura reçu exactement ce à quoi elle avait droit, si on considère les paiements qui lui auront été faits pendant toute la période visée, et elle aura donc touché une somme correspondant à ses besoins fondamentaux. Le RAPC et son règlement d'application prévoient un tel recouvrement des sommes versées en trop et le plan manitobain visant à empêcher les paiements en trop et à en recouvrer le montant, le cas échéant, a reçu l'approbation fédérale. Le paragraphe 20(3) de la *Loi sur l'aide sociale*, ajouté en 1980, limite expressément à un montant qui «ne causera pas un préjudice injustifié au bénéficiaire» les retenues destinées à recouvrer les sommes versées en trop, et le droit d'appel prévu à l'art. 9 subsiste, y compris le moyen d'appel selon lequel le montant d'allocation d'aide sociale ou d'aide municipale accordé n'est pas suffisant pour subvenir aux besoins de la personne en question. Les retenues effectuées sur l'allocation d'aide sociale d'une personne afin de recouvrer des sommes versées en trop ne violent donc ni le RAPC ni l'accord intervenu entre le Manitoba et le gouvernement fédéral.

Les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin (dissidents): Pour avoir droit à une contribution fédérale aux frais de l'aide sociale, les provinces doivent avoir mis en place un régime qui pourvoit aux besoins fondamentaux

ments of the person in need. Other benefits are not required as a condition of federal assistance, but will be subject to cost sharing if undertaken. Section 6(2)(a) of CAP requires that the province “take into account” the basic requirements of the person in need. The French version of the provision makes it clear that the province is not merely obliged to consider or “look at” the person’s basic requirements in determining what it will pay, but must provide a sum “compatible” with them. Section 6(2)(b) is broader in scope, referring to “budgetary requirements” rather than the narrower concept of “basic requirements”. Its purpose is to ensure that in determining who is a person in need and in fixing the amount of the payment, the needs and means of the recipient are taken into account. The Parliamentary debates relating to the adoption of CAP support the conclusion that s. 6(2)(a) was intended to ensure that the provinces meet the “basic requirements” of persons in need. They indicate that s. 6(2)(a) sets the minimum level of assistance, while s. 6(2)(b) provides that eligibility for that assistance shall be determined by a needs test. An interpretation which ensures that at least the basic requirements of the person in need are satisfied also complies with the principle that when faced with general language or contending interpretations arising from ambiguity in statutory language, a court should adopt an interpretation which best assures adequacy of assistance.

The deductions for overpayment made by Manitoba violate the minimum requirements of CAP for federal contribution. The Manitoba allowance for basic necessities includes food, clothing, personal needs, household supplies, shelter, utilities and fuel. This list corresponds exactly to the “basic requirements” in CAP. Any deduction from the amount allotted to provide for these items would therefore result in payments below the minimum level specified by CAP. While the Manitoba allowance also provides for certain items beyond the “basic requirements”, it is clear that they would be provided only in unusual circumstances and that none of them would enhance the recipient’s spending position, since they are all destined to reimburse third parties. Since recipients of social assistance in Manitoba thus never personally receive more than their basic requirements, any deduction will necessarily deprive them of a portion of their basic requirements, unless they have some other source of funds. On the evidence, the respondent in this case did not have another source of funds, with the

des personnes nécessiteuses. D’autres services ne sont pas requis comme condition de l’aide fédérale, mais feront l’objet d’un partage des frais s’ils sont fournis. La version anglaise de l’al. 6(2)a) du RAPC exige que la province tienne compte («take(s) into account») des besoins fondamentaux de la personne nécessiteuse. La version française précise clairement que la province n’est pas seulement tenue de considérer ou d’«envisager» les besoins fondamentaux de la personne en déterminant le montant qu’elle versera, mais elle doit fournir un montant «compatible» avec ces besoins. De portée plus large, l’al. 6(2)b) parle des «besoins matériels» plutôt que du concept plus restreint des «besoins fondamentaux». Il vise à assurer que les besoins et les moyens du bénéficiaire soient pris en considération pour déterminer qui est une personne nécessiteuse et fixer le montant du paiement. Les débats parlementaires relatifs à l’adoption du RAPC appuient la conclusion que l’al. 6(2)a) était destiné à assurer que les provinces satisfassent les «besoins fondamentaux» des personnes nécessiteuses. Il s’en dégage que l’al. 6(2)a) fixe le niveau minimum d’assistance publique tandis que l’al. 6(2)b) prévoit le recours à une évaluation des besoins pour déterminer qui a droit à cette assistance. Une interprétation qui garantit que seront satisfaits au moins les besoins fondamentaux des personnes nécessiteuses est également conforme au principe selon lequel un tribunal, face à des termes généraux ou à des interprétations contradictoires résultant d’ambiguïtés dans un texte législatif, doit adopter l’interprétation la plus propre à assurer une assistance publique convenable.

Les retenues au titre des paiements en trop effectuées par le Manitoba violent les conditions minimales du RAPC pour qu’il y ait contribution fédérale. Au Manitoba, l’allocation pour besoins fondamentaux comprend la nourriture, le vêtement, les services répondant aux besoins personnels, les fournitures ménagères, le logement, les services d’utilité publique et le combustible. Cette liste correspond exactement aux «besoins fondamentaux» énumérés dans le RAPC. La retenue d’une somme quelconque sur l’allocation destinée à pourvoir à ces besoins entraînerait donc des paiements inférieurs au niveau minimal prescrit par le RAPC. Même si l’allocation manitobaine englobe également certains services qui vont au-delà des «besoins fondamentaux», il est évident qu’ils ne seraient fournis que dans des circonstances exceptionnelles et qu’ils n’entraîneraient aucune augmentation du pouvoir d’achat du bénéficiaire puisqu’il s’agit dans chaque cas de paiements destinés à rembourser des tierces parties. Comme les assistés sociaux du Manitoba ne touchent ainsi jamais person-

result that the deductions deprived him of the basic necessities of life.

Per La Forest J. (dissenting): McLachlin J.'s reasons on the first issue were agreed with, apart from her reliance on the legislative debates, on which no opinion was expressed.

(2) *Setting of Rates by Municipalities*

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major JJ.: There is nothing in CAP or the agreement between Manitoba and the federal government that requires the rates of assistance to be set by the provincial authority rather than municipalities. The role identified in CAP for the province or provincial authority is to establish the applicable criteria for the provision of assistance; nowhere does CAP require that the actual dollar rates for assistance be set by the provincial authority. This is consistent with the fact that such rates may legitimately vary significantly among municipalities in accordance with local conditions and in different localities in a municipality. Pursuant to s. 4 of CAP, the agreement with a province may provide for payment with respect to assistance provided by a provincially approved agency, and representatives of the various municipalities are listed in Schedule B to the Manitoba agreement as provincially approved agencies. It is thus sufficient if the province has established appropriate criteria which conform with CAP for the identification of persons in need and the determination of the amount of assistance to be provided, and Manitoba has done this in *The Municipal Act*.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ.: CAP permits rates for social assistance to be set by the municipalities. Provided that the province establishes the test for a "person in need", as Manitoba has done in *The Municipal Act*, the applica-

nellement davantage que le montant correspondant à leurs besoins fondamentaux, il s'ensuit que toute retenue sur ce montant les privera nécessairement d'une partie de ce qu'il leur faut pour subvenir à ces besoins, à moins qu'ils ne disposent d'une autre source de fonds. D'après la preuve, l'intimé en l'espèce n'en disposait pas, si bien que les retenues l'empêchaient de subvenir à ses besoins essentiels.

Le juge La Forest (dissident): L'opinion du juge McLachlin sur la première question est acceptée, sauf en ce qui a trait à son utilisation des débats législatifs, sur laquelle aucune opinion n'est exprimée.

(2) *La fixation des taux par les municipalités*

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major: Rien dans le RAPC ou dans l'accord entre le Manitoba et le gouvernement fédéral n'exige que les taux d'assistance soient fixés par l'autorité provinciale plutôt que par les municipalités. Aux termes du RAPC, le rôle de la province ou de l'autorité provinciale consiste à établir les critères applicables à la prestation d'assistance; il n'y a rien dans le RAPC qui exige que les montants réels de l'assistance soient fixés par l'autorité provinciale. Cela cadre avec le fait que ces montants peuvent légitimement varier sensiblement d'une municipalité à l'autre et d'un endroit à l'autre dans une municipalité, suivant les conditions locales. Conformément à l'art. 4 du RAPC, l'accord conclu avec une province peut prévoir le paiement de contributions à l'égard de l'assistance fournie par un organisme approuvé par la province, et les représentants des diverses municipalités sont inscrits à l'annexe B de l'accord conclu avec le Manitoba à titre d'organismes approuvés par la province. Il suffit donc que la province ait établi des critères appropriés, conformes au RAPC, pour l'identification des personnes nécessiteuses et pour la détermination du montant de l'assistance à fournir, et c'est ce qu'a fait le Manitoba dans la *Loi sur les municipalités*.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin: Le RAPC permet que les taux d'aide sociale soient fixés par les municipalités. Pourvu qu'elle établisse le critère applicable pour déterminer qui est une «personne nécessiteuse», comme

tion of that test may be left to its delegates, the municipalities.

Cases Cited

By Sopinka J.

Referred to: *Re Finlay and Director of Welfare (Winnipeg South/West)* (1976), 71 D.L.R. (3d) 597; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607.

By McLachlin J. (dissenting)

Re Residential Tenancies Act, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714; *Re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *R. v. Sullivan*, [1991] 1 S.C.R. 489; *R. v. Mailloux*, [1988] 2 S.C.R. 1029; *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469; *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Kerr v. Metropolitan Toronto (Department of Social Services, General Manager)* (1991), 4 O.R. (3d) 430; *Damon v. Secretary of Health, Education and Welfare*, 557 F.2d 31 (1977); *Brown v. Bates*, 363 F. Supp. 897 (1973).

Statutes and Regulations Cited

Canada Assistance Plan, R.S.C., 1985, c. C-1, ss. 1, 2, 3, 4, 6(1)(a), (2)(a), (b), 7.
Canada Assistance Plan Regulations, C.R.C. 1978, c. 382, ss. 2(2), 3(b).
Municipal Act, R.S.M. 1988, c. M225, ss. 449, 450(1), 451(1), (4), 452.
Social Allowances Act, R.S.M. 1987, c. S160, ss. 1, 2, 3, 4, 6, 7(1), (2), 9(1), (3), 20(1), (3).
Social Allowances Regulation, S160-404/88R, s. 5, Sch. A.
Social Services Administration Act, R.S.M. 1987, c. S165.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 790, 71 D.L.R. (4th) 422, 115 N.R. 321, affirming a declaration by the Federal Court, Trial Division (1989), 57 D.L.R. (4th) 211, 25 F.T.R. 45, that federal contribution payments to the Manitoba social assistance scheme are illegal. Appeal allowed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. dissenting.

l'a fait le Manitoba dans la *Loi sur les municipalités*, la province peut laisser à ses déléguées, les municipalités, le soin d'appliquer ce critère.

a Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Re Finlay and Director of Welfare (Winnipeg South/West)* (1976), 71 D.L.R. (3d) 597; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle, [1981] 1 R.C.S. 714; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489; *R. c. Mailloux*, [1988] 2 R.C.S. 1029; *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469; *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Kerr c. Metropolitan Toronto (Department of Social Services, General Manager)* (1991), 4 O.R. (3d) 430; *Damon c. Secretary of Health, Education and Welfare*, 557 F.2d 31 (1977); *Brown c. Bates*, 363 F. Supp. 897 (1973).

Lois et règlements cités

Loi sur l'administration des services sociaux, L.R.M. 1987, ch. S165.
Loi sur l'aide sociale, L.R.M. 1987, ch. S160, art. 1, 2, 3, 4, 6, 7(1), (2), 9(1), (3), 20(1), (3).
Loi sur les municipalités, L.R.M. 1988, ch. M225, art. 449, 450(1), 451(1), (4), 452.
Régime d'assistance publique du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-1, art. 1, 2, 3, 4, 6(1)(a), (2)(a), b), 7.
Règlement du Régime d'assistance publique du Canada, C.R.C. 1978, ch. 382, art. 2(2), 3(b).
Règlement sur l'aide sociale, S160-404/88R, art. 5, ann. A.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 790, 71 D.L.R. (4th) 422, 115 N.R. 321, qui a confirmé un jugement de la Cour fédérale, Section de première instance (1989), 57 D.L.R. (4th) 211, 25 F.T.R. 45, déclarant illégale la contribution fédérale au régime d'aide sociale du Manitoba. Pourvoi accueilli, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin sont dissidents.

Eric A. Bowie, Q.C., Faye E. Campbell, Q.C., and Harry Gliner, for the appellants.

Eric A. Bowie, c.r., Faye E. Campbell, c.r., et Harry Gliner, pour les appelants.

G. Patrick S. Riley and John A. Myers, for the respondent.

G. Patrick S. Riley et John A. Myers, pour l'intimé.

Louis Rochette and Dominique Rousseau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Louis Rochette et Dominique Rousseau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

W. Glenn McFetridge, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

W. Glenn McFetridge, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Beverley Bauer, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Beverley Bauer, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Arne Peltz, for the intervener the National Anti-Poverty Organization.

Arne Peltz, pour l'intervenante l'Organisation nationale anti-pauvreté.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

LAMER C.J.—I concur in the reasons of Justice Sopinka. I also concur in the reasons of Justice McLachlin and of Justice Sopinka as regards the disposition of issue No. 2.

LE JUGE EN CHEF LAMER—Je souscris aux motifs du juge Sopinka. Je souscris également aux motifs du juge McLachlin et du juge Sopinka pour ce qui est de trancher la deuxième question en litige.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

LA FOREST J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues, Justice Sopinka and Justice McLachlin. I agree with McLachlin J.'s disposition of issues 1(a) and (b) set forth in her reasons. This I do for the reasons she gives, apart from her reliance on the legislative debates, upon which I express no opinion. I also agree with her disposition of issue 2 for the reasons given by her and by Sopinka J.

LE JUGE LA FOREST (dissident)—J'ai pris connaissance des motifs de mes collègues les juges Sopinka et McLachlin. Je suis d'accord avec la façon dont le juge McLachlin tranche les questions 1a) et b) énoncées dans ses motifs, et ce, pour les raisons qu'elle donne, sauf en ce qui a trait à son utilisation des débats législatifs, sur laquelle je n'exprime aucune opinion. Je suis également d'accord avec la façon dont elle tranche la deuxième question en litige, pour les raisons qu'elle-même et le juge Sopinka ont exposées.

I would therefore dispose of the appeal as she does except that I would award costs throughout on a party and party basis.

En conséquence, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la même manière qu'elle le fait, sauf que j'accorderais des dépens comme entre parties dans toutes les cours.

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

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin rendus par

MCLACHLIN J. (dissenting)—This case raises the issue of whether provincial social assistance

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—Est soulevée en l'espèce la question de savoir si les régimes

schemes must provide the basic living requirements of persons on assistance in order to be eligible for cost-sharing grants from the federal government under the *Canada Assistance Plan*, R.S.C., 1985, c. C-1 (formerly R.S.C. 1970, c. C-1) ("CAP"). The issue arises as a consequence of the Province of Manitoba's practice of making deductions from the basic living allowance of recipients in order to recapture alleged overpayments.

Mr. Finlay, a resident of Manitoba, qualifies for social assistance under the Manitoba scheme because of lifelong disabilities, including severe epilepsy, which render him unable to provide for himself. At the relevant time, his monthly social assistance allowance for food, clothing and personal needs was \$213.40; in addition he was entitled to a rent allowance (up to \$45.00 per month), utilities and fuel.

In February of 1974, Manitoba commenced making deductions from his assistance payments on account of alleged overpayments. The first overpayment, of \$207.70, related to shared accommodation; the second, \$109.00, was for moving costs; and the third, \$796.00, for proceeds of a business development grant. Mr. Finlay did not profit in the sense of gaining extra living expenses from these alleged overpayments. For example, the moving overpayment resulted from a demand by the province that he move because his apartment was too big. He complied. Because he cannot drive due to his medical condition, he hired someone to move him. He paid that person \$189.00. After he had moved and after the province had paid for the move, the province advised him that he was entitled to a maximum moving allowance of \$80.00. He was therefore deemed to have received an over-

provinciaux d'aide sociale doivent pourvoir aux besoins fondamentaux en matière de subsistance des assistés sociaux pour être admissibles à des subventions relatives au partage des frais versées par le gouvernement fédéral dans le cadre du *Régime d'assistance publique du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-1 (auparavant S.R.C. 1970, ch. C-1) («RAPC»). Cette question se pose en raison de la pratique de la province du Manitoba consistant à effectuer sur l'allocation de subsistance de base des bénéficiaires des retenues afin de récupérer des sommes qui leur auraient été payées en trop.

Monsieur Finlay est un résident du Manitoba qui est admissible à l'aide sociale sous le régime manitobain parce que l'incapacité permanente dont il souffre, qui comprend une forme aiguë d'épilepsie, ne lui permet pas de travailler pour subvenir à ses besoins. À l'époque en cause, il touchait mensuellement 213,40 \$ à titre d'allocation d'aide sociale pour la nourriture, le vêtement et les services répondant aux besoins personnels. De plus, il avait droit à une allocation pour le loyer (jusqu'à concurrence de 45 \$ par mois), les services d'utilité publique et le combustible.

En février 1974, le Manitoba a commencé à retenir sur les paiements d'aide sociale de M. Finlay des montants à valoir sur les sommes qui lui auraient été versées en trop. La première de ces sommes, s'élevant à 207,70 \$, se rapportait à un logement partagé, la seconde, de l'ordre de 109 \$, était pour des frais de déménagement, et la troisième, soit 796 \$, résultait du paiement d'une subvention pour la mise sur pied d'une entreprise. Monsieur Finlay n'a tiré de ces prétendus paiements en trop aucun avantage sous forme d'argent supplémentaire pouvant être affecté à l'acquittement de ses frais de subsistance. Le paiement en trop relatif au déménagement, par exemple, venait de ce que la province lui avait demandé de quitter un appartement parce qu'il était trop grand. Monsieur Finlay a accédé à cette demande. Parce que son état de santé ne lui permet pas de conduire, il a engagé quelqu'un pour le déménagement, ce qui lui a coûté 189 \$. Après qu'il eut déménagé et que la province en eut payé les frais, cette dernière l'a informé qu'il n'avait droit qu'à une allocation

payment of social assistance in the sum of \$109.00.

The province proceeded to attempt to recover the overpayments by making deductions of 5 per cent from Mr. Finlay's basic living allowance. Mr. Finlay was told that this would go on for ten years, until the overpayments had been recouped. As a consequence of the deductions, Mr. Finlay was left with less money than he needed to live. In order to make ends meet, he did not eat three days a month. He lost sixty pounds. At this point the deductions stopped, presumably on compassionate grounds.

Mr. Finlay attempted to appeal the deductions under the appeal process provided under the Manitoba *Social Allowances Act*, R.S.M. 1987, c. S160. He was unsuccessful. He then brought these proceedings, seeking, *inter alia*, a declaration that Manitoba's conduct of making deductions from what it has determined were the basic requirements of recipients violates the *Canada Assistance Plan*.

Mr. Finlay's situation is not unique. The evidence presented at the trial in 1987 established that similar deductions were being made from 11 per cent of Manitoba welfare recipients, or about 5,000 people. The province did not suggest on the hearing before us that the situation has improved.

The Issues

The appeal raises the following issues:

1. Does the deduction of money for overpayments violate CAP and the agreement between the federal government and Manitoba made pursuant to CAP?

(a) Does CAP (and the agreement made pursuant to it) require that a province provide a minimum standard of social assistance bene-

maximale de 80 \$ au titre du déménagement. Il était donc réputé avoir touché un paiement en trop d'aide sociale de 109 \$.

La province a tenté de récupérer les sommes versées en trop en retenant 5 pour 100 du montant de l'allocation de subsistance de base de M. Finlay, à qui on a fait savoir que cela se poursuivrait pendant dix ans, soit jusqu'au recouvrement intégral des sommes en question. Par suite de ces retenues, M. Finlay se retrouvait avec une somme d'argent moindre que celle dont il avait besoin pour vivre. Pour joindre les deux bouts, il se passait de nourriture trois jours par mois. Il a maigri de soixante livres. C'est alors que les retenues ont cessé, vraisemblablement pour des motifs de compassion.

Monsieur Finlay a tenté en vain d'en appeler de ces retenues au moyen de la procédure d'appel prévue par la *Loi sur l'aide sociale* du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. S160. Il a ensuite engagé les présentes procédures afin d'obtenir, notamment, un jugement déclarant que le Manitoba viole le *Régime d'assistance publique du Canada* en effectuant des retenues sur les sommes qui, selon sa propre décision, correspondent aux besoins fondamentaux des bénéficiaires.

La situation de M. Finlay n'a rien d'exceptionnel. Il ressort de la preuve produite au cours du procès en 1987 que des retenues semblables se faisaient dans le cas de 11 pour 100 des bénéficiaires d'aide sociale au Manitoba, soit environ 5 000 personnes. La province n'a pas laissé entendre devant nous que la situation s'est améliorée.

Les questions en litige

Le pourvoi soulève les questions suivantes:

1. La retenue des sommes versées en trop contrevient-elle au RAPC et à l'accord intervenu entre le gouvernement fédéral et le Manitoba conformément au RAPC?

a) Le RAPC (et l'accord conclu conformément à celui-ci) oblige-t-il une province à fournir un niveau minimal d'allocations

fits equivalent to the basic requirements of the person in need?

(b) If the answer to (a) is yes, do the deductions at issue in this case violate the minimum standard of social assistance required by CAP? ^a

2. Does the practice in Manitoba of permitting municipalities to establish their own rates of social assistance independent of provincial scrutiny violate CAP? ^b

The Scheme

The Canada Assistance Plan is one of a number of plans in force in Canada by which the federal government contributes to the cost of services provided by the provinces. Adopted in 1966, CAP provides for contribution by the federal government to provincial social assistance and welfare services for persons in need. The plan sets out the conditions for obtaining federal assistance and by s. 4 authorizes the Minister of National Health and Welfare to enter into agreements with the provinces in respect of federal contributions. An agreement was made with Manitoba March 20, 1967. ^c

The relevant provisions of CAP are as follows:

An Act to authorize the making of contributions by Canada toward the cost of programs for the provision of assistance and welfare services to and in respect of persons in need ^d

WHEREAS the Parliament of Canada, recognizing that the provision of adequate assistance to and in respect of persons in need and the prevention and removal of the causes of poverty and dependence on public assistance are the concern of all Canadians, is desirous of encouraging the further development and extension of assistance and welfare services programs throughout Canada by sharing more fully with the provinces in the cost thereof; ^e

THEREFORE, Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows: ^f

d'aide sociale équivalant aux besoins fondamentaux de la personne nécessiteuse?

b) Si la réponse à la question a) est affirmative, les retenues présentement en cause violent-elles la norme minimale d'aide sociale prescrite par le RAPC?

2. La pratique qui consiste, au Manitoba, à permettre aux municipalités de fixer leurs propres taux d'aide sociale sans assujettissement à un contrôle provincial, contrevient-elle au RAPC?

Le régime

Le Régime d'assistance publique du Canada figure parmi un certain nombre de régimes en vigueur au Canada en vertu desquels le gouvernement fédéral contribue aux frais de services fournis par les provinces. Adopté en 1966, le RAPC prévoit la contribution par le gouvernement fédéral à l'assistance publique et aux services de protection sociale offerts par la province aux personnes nécessiteuses. Le régime énonce les conditions à remplir pour obtenir l'aide fédérale et autorise, à l'art. 4, le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social à conclure avec les provinces des accords relatifs aux contributions fédérales. Un tel accord est intervenu avec le Manitoba le 20 mars 1967. ^g

Les dispositions pertinentes du RAPC sont les suivantes:

Loi autorisant le Canada à contribuer aux frais des régimes visant à fournir une assistance publique et des services de protection sociale aux personnes nécessiteuses et à leur égard ^h

Considérant que le Parlement du Canada, reconnaissant que l'instauration de mesures convenables d'assistance publique pour les personnes nécessiteuses et que la prévention et l'élimination des causes de pauvreté et de dépendance de l'assistance publique intéressent tous les Canadiens, désire encourager l'amélioration et l'élargissement des régimes d'assistance publique et des services de protection sociale dans tout le Canada en partageant dans une plus large mesure avec les provinces les frais de ces programmes, ⁱ

Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte: ^j

SHORT TITLE

1. This Act may be cited as the *Canada Assistance Plan*.

INTERPRETATION

2. In this Act,

“assistance” means aid in any form to or in respect of persons in need for the purpose of providing or providing for all or any of the following:

(a) food, shelter, clothing, fuel, utilities, household supplies and personal requirements (hereinafter referred to as “basic requirements”),

(b) prescribed items incidental to carrying on a trade or other employment and other prescribed special needs of any kind,

(c) care in a home for special care,

(d) travel and transportation,

(e) funerals and burials,

(f) health care services,

(g) prescribed welfare services purchased by or at the request of a provincially approved agency, and

(h) comfort allowances and other prescribed needs of residents or patients in hospitals or other prescribed institutions;

“Minister” means the Minister of National Health and Welfare;

“person in need” means

(a) a person who, by reason of inability to obtain employment, loss of the principal family provider, illness, disability, age or other cause of any kind acceptable to the provincial authority, is found to be unable, on the basis of a test established by the provincial authority that takes into account the budgetary

TITRE ABRÉGÉ

1. *Régime d'assistance publique du Canada.*

DÉFINITIONS

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«assistance publique» Aide sous toutes ses formes aux personnes nécessiteuses ou à leur égard en vue de fournir, ou de prendre les mesures pour que soient fournis, l'ensemble ou l'un quelconque ou plusieurs des services suivants:

a) la nourriture, le logement, le vêtement, le combustible, les services d'utilité publique, les fournitures ménagères et les services répondant aux besoins personnels (ci-après appelés «besoins fondamentaux»);

b) les articles réglementaires, accessoires à l'exercice d'un métier ou autre emploi, ainsi que les services répondant aux autres besoins spéciaux réglementaires de toute nature;

c) les soins dans un foyer de soins spéciaux;

d) les déplacements et moyens de transport;

e) les obsèques et enterrements;

f) les services de santé;

g) les services réglementaires de protection sociale dont l'acquisition est faite par un organisme approuvé par une province ou à la demande d'un tel organisme;

h) les allocations de menues dépenses et autres services réglementaires répondant aux besoins des résidents ou malades des hôpitaux ou autres établissements réglementaires.

«autorité provinciale» Le ministre provincial ou une autorité ou un organisme autre spécifié par la province dans un accord conclu en vertu de l'article 4 comme chargé de l'application de la législation provinciale.

«législation provinciale» Les lois provinciales qui prévoient à des conditions compatibles avec les dispositions de la présente loi et des règlements:

a) soit l'assistance publique;

requirements of that person and the income and resources available to that person to meet those requirements, to provide adequately for himself, or for himself and his dependants or any of them, or

(b) a person under the age of twenty-one years who is in the care or custody or under the control or supervision of a child welfare authority, or a person who is a foster-child as defined by regulation,

and for the purposes of paragraph (e) of the definition "assistance" includes a deceased person who was a person described in paragraph (a) or (b) of this definition at the time of his death or who, although not such a person at the time of his death, would have been found to be such a person if an application for assistance to or in respect of him had been made immediately before his death;

"prescribed" means prescribed by regulation;

"provincial authority" means the provincial Minister or other official or body specified by the province in an agreement entered into under section 4 as being charged with the administration of the provincial law;

"provincial law" means the Acts of the legislature of a province that provide for

(a) assistance, or

(b) welfare services in the province,

under conditions consistent with the provisions of this Act and the regulations, and includes any regulations made under those Acts;

"provincially approved agency" means any department of government, person or agency, including a private non-profit agency, that is authorized by or under the provincial law or by the provincial authority to accept applications for assistance, determine eligibility for assistance, provide or pay assistance or provide welfare services and that is listed in a schedule to an agreement under section 4;

b) soit des services de protection sociale dans la province.

Est visé par la présente définition tout règlement pris en vertu de ces lois.

«ministre» Le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.

«organisme approuvé par la province» Tout ministère gouvernemental, toute personne ou tout organisme, y compris un organisme privé sans but lucratif, que la législation ou l'autorité provinciale autorise à accepter des demandes d'assistance publique, à déterminer l'admissibilité à une telle assistance, à fournir ou à payer cette assistance ou à fournir des services de protection sociale et qui figure dans la liste d'une annexe à un accord conclu en vertu de l'article 4.

«personne nécessiteuse» Selon le cas:

a) personne qui, par suite de son incapacité d'obtenir un emploi, de la perte de son principal soutien de famille, de sa maladie, de son invalidité, de son âge ou de toute autre cause acceptable pour l'autorité provinciale, est reconnue incapable — sur vérification par l'autorité provinciale qui tient compte des besoins matériels de cette personne et des revenus et ressources dont elle dispose pour satisfaire ces besoins — de subvenir convenablement à ses propres besoins ou à ses propres besoins et à ceux des personnes qui sont à sa charge ou de l'une ou plusieurs d'entre elles;

b) personne âgée de moins de vingt et un ans qui est confiée aux soins ou à la garde d'une autorité chargée de la protection infantile ou placée sous le contrôle ou la surveillance d'une telle autorité, ou personne qui est un enfant placé en foyer nourricier selon la définition des règlements.

Pour l'application de l'alinéa e) de la définition de «assistance publique», est assimilée à une personne nécessiteuse une personne décédée qui était une personne visée par l'alinéa a) ou b) de la présente définition au moment de son décès ou qui, bien qu'elle ne fût pas une telle personne au moment de son décès, aurait été reconnue être une telle personne si une demande d'assistance publique avait été faite pour elle ou à son égard immédiatement avant son décès.

PART I

GENERAL ASSISTANCE AND
WELFARE SERVICES*Interpretation*

3. In this Part,

“agreement” means an agreement made under section 4;

“contribution” means an amount payable by Canada under an agreement.

Agreement Authorized

4. Subject to this Act, the Minister may, with the approval of the Governor in Council, enter into an agreement with any province to provide for the payment by Canada to the province of contributions in respect of the cost to the province and to municipalities in the province of

(a) assistance provided by or at the request of provincially approved agencies pursuant to the provincial law; and

(b) welfare services provided in the province by provincially approved agencies pursuant to the provincial law.

Terms of Agreement

6. . . .

(2) An agreement shall provide that the province

(a) will provide financial aid or other assistance to or in respect of any person in the province who is a person in need described in paragraph (a) of the definition “person in need” in section 2, in an amount or manner that takes into account the basic requirements of that person;

(b) will, in determining whether a person is a person described in paragraph (a) and the assistance to be provided to that person, take into account the budgetary requirements of that person and the income and resources available to that person to meet those requirements;

(c) will continue, as may be necessary and expedient, the development and extension of welfare services in the province;

PARTIE I

ASSISTANCE GÉNÉRALE ET SERVICES
DE PROTECTION SOCIALE*Définitions*

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

«accord» Accord conclu en vertu de l'article 4.

«contribution» Montant payable par le Canada en vertu d'un accord.

Accord autorisé

4. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, conclure avec toute province un accord prévoyant le paiement, par le Canada à la province, de contributions aux frais encourus par la province et des municipalités de la province, au titre:

a) de l'assistance publique fournie, en conformité avec la législation provinciale, par des organismes approuvés par la province ou à la demande de ceux-ci;

b) des services de protection sociale fournis, en conformité avec la législation provinciale, dans la province par des organismes approuvés par la province.

Modalités des accords

6. . . .

(2) Un accord doit prévoir que la province:

a) fournira l'aide financière ou une autre forme d'assistance publique à toute personne de la province qui est une personne nécessiteuse visée à l'alinéa a) de la définition de «personne nécessiteuse» à l'article 2, ou à l'égard d'une telle personne, dans une mesure ou d'une manière compatibles avec ses besoins fondamentaux;

b) tiendra compte, en décidant si une personne est visée par l'alinéa a) et en déterminant l'assistance publique à fournir à cette personne, de ses besoins matériels et des revenus et ressources dont elle dispose pour les satisfaire;

c) continuera, selon les nécessités et l'occasion, l'amélioration et l'élargissement des services de protection sociale dans la province;

(d) will not require a period of residence in the province as a condition of eligibility for assistance or for the receipt or continued receipt thereof;

(e) will ensure the provision by law, not later than one year from the effective date of the agreement, of a procedure for appeals from decisions of provincially approved agencies with respect to applications for assistance or the granting or providing of assistance by persons directly affected by those decisions;

(f) will ensure the maintenance and availability, for examination and audit by the Minister or any person designated by him, of such records and accounts respecting the provision of assistance and welfare services in the province as the agreement or the regulations may require; and

(g) will provide the Minister with copies of all Acts of the legislature of the province referred to in the definition "provincial law" in section 2 and of all regulations made under those Acts.

d) n'exigera pas de délai de résidence dans la province comme condition d'admissibilité à l'assistance publique ou à la réception initiale ou continue de prestations;

e) veillera, dans le délai d'un à compter de la date d'entrée en vigueur de l'accord, à prendre des dispositions législatives établissant une procédure d'appel des décisions prises par les organismes approuvés par la province relativement aux demandes d'assistance publique ou à l'octroi ou à la fourniture de cette assistance, par des personnes directement visées par ces décisions;

f) fera tenir et maintenir disponibles pour examen et vérification, par le ministre ou toute personne qu'il a désignée, les registres et comptes relatifs à la fourniture de l'assistance publique et des services de protection sociale dans la province dont l'accord ou les règlements peuvent exiger la tenue;

g) fournira au ministre des exemplaires de toutes les lois provinciales mentionnées dans la définition de «législation provinciale» à l'article 2 et de tous les règlements pris en vertu de ces lois.

Payment of Contributions

7. Contributions or advances on account thereof shall be paid, upon the certificate of the Minister, out of the Consolidated Revenue Fund at such times and in such manner as may be prescribed, but all such payments are subject to the conditions specified in this Part and in the regulations and to the observance of the agreements and undertakings contained in an agreement.

The relevant provisions of the 1967 Agreement are as follows:

2. The Province agrees

(a) to provide financial aid or other assistance to or in respect of any person in the province of Manitoba who is a person in need described in subparagraph (i) of paragraph (g) of Section 2 of the Act in an amount or manner that takes into account his basic requirements;

(b) in determining whether a person is a person described in subclause (a) of this clause and the assistance to be provided to such person,

Paiement des contributions

7. Les contributions ou les avances sur ces contributions doivent, dès présentation du certificat du ministre, être payées sur le Trésor aux époques et de la manière réglementaires, mais tous ces paiements sont assujettis aux conditions spécifiées dans la présente partie et dans les règlements et à l'observation des conventions et des engagements contenus dans un accord.

Les dispositions pertinentes de l'accord de 1967 sont les suivantes:

[TRADUCTION] 2. La province convient

a) de fournir une aide financière ou une autre forme d'assistance publique à toute personne de la province du Manitoba qui est une personne nécessitaire visée au sous-alinéa 2g)(i) du Régime, ou à l'égard d'une telle personne, dans une mesure ou d'une manière compatibles avec ses besoins fondamentaux;

b) pour ce qui est de décider si une personne est visée par l'alinéa a) et de déterminer l'assistance publique à fournir à cette personne,

- | | | |
|---|---|---|
| <p>(i) except prior to April 1st, 1967, to obtain from such person or from a responsible person on his behalf, an application for assistance in form and content satisfactory to the provincial authority, and</p> | a | <p>(i) sauf avant le 1^{er} avril 1967, d'obtenir de cette personne ou d'une personne autorisée à agir en son nom une demande d'assistance publique dont la forme et le contenu satisfieront l'autorité provinciale, et</p> |
| <p>(ii) to take into account that person's budgetary requirements and the income and resources available to him to meet those requirements,</p> | b | <p>(ii) de tenir compte de ses besoins matériels, et des revenus et ressources dont elle dispose pour les satisfaire,</p> |
| <p>provided that</p> | c | <p>à condition que</p> |
| <p>(iii) in taking into account that person's income and resources, The Province may determine the income and resources of that person on a daily, weekly, monthly or other periodic basis acceptable to the provincial authority but in calculating that income shall include as income the whole of any income maintenance payment;</p> | d | <p>(iii) la province puisse déterminer les revenus et les ressources dont elle doit tenir compte sur une base quotidienne, hebdomadaire, mensuelle ou sur une autre période que l'autorité provinciale juge acceptable; dans le calcul de ces revenus, elle doit cependant inclure la totalité des sommes versées au titre du maintien du revenu;</p> |

Shortly after CAP's adoption, it was realized that the Plan did not allow the federal government to make contributions to the provinces with respect to overpayments to assistance or welfare recipients. In March 1971 the *Canada Assistance Plan Regulations* were amended to allow for federal cost sharing in respect of overpayments to persons subsequently found to be ineligible for all or part of such assistance. At the same time the amendments required the provinces to set up a scheme for recovery of overpayments. On November 24, 1971, the federal government approved the Manitoba plan for preventing and recovering overpayments on certain conditions. Manitoba subsequently informed Ottawa that the conditions had been fulfilled, and final federal approval was issued on February 29, 1972.

Peu après l'adoption du RAPC, on a constaté qu'il n'autorisait pas le gouvernement fédéral à verser des contributions aux provinces lorsque des bénéficiaires de l'assistance publique ou du bien-être social recevaient des paiements en trop. En mars 1971, le *Règlement du Régime d'assistance publique du Canada* a été modifié de manière à permettre au gouvernement fédéral de partager les frais lorsque des sommes étaient versées en trop à des personnes jugées par la suite comme n'ayant pas droit à la totalité ou à une partie de cette assistance. Les modifications imposaient en même temps aux provinces l'obligation de constituer un régime de recouvrement des sommes payées en trop. Le 24 novembre 1971, le gouvernement fédéral a approuvé, sous réserve de certaines conditions, les mesures prises par le Manitoba pour empêcher que soient effectués de tels paiements et pour les recouvrer, le cas échéant. Le Manitoba, a, par la suite, informé le gouvernement fédéral que les conditions avaient été remplies et a reçu l'approbation finale de ce dernier le 29 février 1972.

The relevant provisions of the *Canada Assistance Plan Regulations*, now C.R.C. 1978, c. 382, are as follows:

2. . . .

(2) For the purposes of the Act and these Regulations,

Les dispositions pertinentes du *Règlement du Régime d'assistance publique du Canada*, C.R.C. 1978, ch. 382, sont les suivantes:

2. . . .

(2) Aux fins de la Loi et du présent règlement,

“budgetary requirements” means the basic requirements of a person and his dependants, if any, and any other of the items and services described in paragraphs (b) to (h) of the definition “assistance” in section 2 of the Act that, in the opinion of the provincial authority, are essential to the health or well-being of that person and his dependants, if any;

. . . .

“personal requirements” means items of a minor nature, other than the ordinary requirements of food, shelter, clothing, fuel, utilities and household supplies, that are necessary in day to day living to a person’s health or well-being, and, without limiting the generality of the foregoing, includes items relating to

- (a) personal care, cleanliness and grooming,
- (b) the observance of religious obligations, and
- (c) recreation;

. . . .

Expressions Defined for the Purposes of Particular Provisions of the Act

3. For the purposes of

(b) paragraph 5(1)(a) of the Act, “cost to the province and to municipalities in the province” in a year means payments made in the year

- (i) by the province, and
- (ii) by municipalities in the province, and includes
- (iii) depreciation allowances, and
- (iv) payments by way of assistance provided by or at the request of a provincially approved agency to persons who were considered to be persons in need and who are subsequently found to have been ineligible for all or part of such assistance, where the provincially approved agency has implemented a plan to prevent any such payments and to recover any such payments and the plan is satisfactory to the Minister or a person designated by him

«besoins matériels» signifie les besoins fondamentaux d’un individu et des personnes à sa charge, s’il en est, et l’un quelconque des articles ou services décrits aux alinéas b) à h) de la définition «assistance publique» de l’article 2 de la Loi qui, de l’avis de l’autorité provinciale, sont essentiels à la santé et au bien-être de cet individu et de ces personnes, s’il en est;

«besoins personnels» signifie les articles de moindre importance, à l’exclusion des besoins ordinaires en matière de nourriture, de logement, de vêtement, de combustible, de services d’utilité publique et de fournitures ménagères, lesquels articles, dans la vie quotidienne, sont nécessaires à la santé et au bien-être d’une personne et qui, sans limiter la généralité de ce qui précède, ont trait, entre autres,

- a) aux soins personnels, à la propreté et à une mise soignée,
- b) à l’observance des devoirs religieux, et
- c) aux loisirs;

. . . .

Expressions définies aux fins de certaines dispositions de la Loi

3. Aux fins de

b) l’alinéa 5(1)a) de la Loi, «frais encourus par la province et des municipalités de la province», au cours d’une année, désigne les paiements effectués, dans l’année,

- (i) par la province, et
- (ii) par des municipalités de la province, et comprend
- (iii) les déductions pour amortissement, et
- (iv) les paiements effectués à titre d’assistance fournie, par un organisme approuvé par la province ou à sa demande, à des personnes qui étaient considérées comme des personnes nécessiteuses et qui ont par la suite été jugées comme n’ayant pas droit à la totalité ou à une partie de cette assistance, lorsque l’organisme approuvé par la province a mis à exécution un plan pour empêcher que soient effectués de tels paiements et pour en recouvrer le montant, le cas échéant, et que le plan est jugé satisfaisant par le Ministre ou par une personne qu’il désigne . . .

In Manitoba, federally cost-shared payments to persons in need fall under two provincial statutes, *The Social Allowances Act* (“SAA”) and *The Municipal Act*, R.S.M. 1988, c. M225. The SAA provides assistance to single-parent families, to persons with long-term medical disabilities and to persons who are generally unable to provide for themselves (in brief, it was said, to “unemployable persons”). *The Municipal Act* provides assistance to persons who are employable but have been unable to find employment, to persons with short-term disabilities, and to single parents who have been separated from marriage for less than 90 days.

In July 1980, the SAA was amended, adding s. 20(3), which authorizes the deduction of overpayments. However, such deductions were also made prior to this amendment pursuant to s. 9(1).

The relevant provisions of the SAA are as follows:

Definitions.

1 In this Act,

“basic necessities” means the things and services to which reference is made in section 2;

“cost of the basic necessities” or “cost of his basic necessities” means the cost, as established in the regulations, of those basic necessities with respect to which a regulation is made under section 6;

Provision of essential supplies services, and care.

2 Subject as herein provided, the Government of Manitoba and each of the several municipalities in the

Au Manitoba, les contributions relatives au partage des frais versées par le gouvernement fédéral aux personnes nécessiteuses relèvent de deux lois provinciales, à savoir la *Loi sur l'aide sociale* et la *Loi sur les municipalités*, L.R.M. 1988, ch. M225. La *Loi sur l'aide sociale* permet de venir en aide aux familles monoparentales, aux personnes atteintes d'une incapacité physique ou mentale de longue durée et aux personnes qui sont généralement incapables de subvenir à leurs besoins (en gros, a-t-on dit, aux «personnes inaptes au travail»). La *Loi sur les municipalités* permet de venir en aide aux personnes qui sont aptes au travail mais qui sont incapables d'en trouver, aux personnes atteintes d'une incapacité physique ou mentale de courte durée et aux parents seuls qui vivent séparés de leur conjoint depuis moins de 90 jours.

En juillet 1980, la *Loi sur l'aide sociale* a été modifiée par l'ajout du par. 20(3) qui autorise la retenue d'un montant pour le recouvrement des paiements en trop. Toutefois, des retenues avaient également été faites avant cette modification, conformément au par. 9(1).

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'aide sociale* sont les suivantes:

Définitions

1 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi:

«besoins essentiels» Les biens et les services visés à l'article 2.

«coût des besoins essentiels» Le coût, établi par les règlements, des besoins essentiels concernant lesquels un règlement a été pris en application de l'article 6.

Fourniture des provisions, services et soins essentiels

2 Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le gouvernement du Manitoba et chacune des

province may take such measures as are necessary for the purpose of ensuring that no resident of Manitoba, lacks

(a) such things, goods, and services as are essential to his health and well-being, including food, clothing, shelter, and essential surgical, medical, optical, dental, and other remedial treatment, care, and attention; and

(b) an adequate funeral upon his death.

Payment of monthly social allowance.

3 For the purpose mentioned in section 2 the government, through and at the discretion of, the director, may, out of the Consolidated Fund with moneys authorized by an Act of the Legislature to be so paid and applied, grant and pay to or for a recipient monthly or more frequently, an amount in money sufficient to pay the cost of the basic necessities of himself and his dependants.

Determination of amount.

4 The amount to be paid to or for any recipient under section 3, shall be determined after consideration of, and shall be based on the requirements in respect of, his basic necessities and those of his dependants, if he has dependants.

Establishment of cost of basic necessities.

6 The Lieutenant Governor in Council may, by regulation made by order in council, establish, for the purpose of this Act and as at the time of the making of the regulation, the cost of the several basic necessities or of those the cost of which should, in his opinion, be established from time to time.

Fixing of amount by director.

7(1) If he deems that an applicant should receive a social allowance, the director shall, in accordance with the regulations and subject to subsection (2), by his written order fix the amount of the social allowance that shall be paid to him.

Sufficient for basic necessities.

7(2) In accordance with the regulations, the director shall fix an amount that, in his opinion, will be suffi-

municipalités de la province peuvent prendre les mesures nécessaires dans le but d'assurer qu'il ne manque à aucun habitant du Manitoba:

a) les objets, biens et services essentiels à sa santé et à son bien-être, y compris la nourriture, les vêtements, l'hébergement, et les soins chirurgicaux, médicaux, dentaires et oculaires essentiels, ainsi que les autres traitements ou soins correctifs;

b) un service funéraire convenable à son décès.

Versement d'allocation d'aide sociale mensuelle

3 Aux fins mentionnées à l'article 2, le gouvernement peut, par l'intermédiaire du directeur et à la discrétion de celui-ci, sur le Trésor et avec les sommes approuvées à cette fin par une loi de la Législature, accorder ou verser à un bénéficiaire ou pour le compte de celui-ci, mensuellement ou à intervalles plus rapprochés, un montant d'argent suffisant pour couvrir le coût des besoins essentiels du bénéficiaire et des personnes à sa charge.

Calcul du montant

4 Le montant devant être versé à un bénéficiaire ou pour son compte en vertu de l'article 3 est calculé en tenant compte de ses besoins essentiels, et de ceux de ses personnes à charge, le cas échéant.

Détermination du coût des besoins essentiels

6 Le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement pris par décret, établir, aux fins de la présente loi et à compter de la date de la prise du règlement, le coût des divers besoins essentiels, ou de ceux parmi eux dont le coût devrait, de l'avis du lieutenant-gouverneur en conseil, être établi à l'occasion.

Fixation du montant par le directeur

7(1) Lorsqu'il estime qu'un requérant devrait recevoir une allocation d'aide sociale, le directeur, conformément aux règlements et sous réserve du paragraphe (2), fixe par ordre écrit le montant de l'allocation d'aide sociale devant être accordée à cette personne.

Montant adéquat

7(2) Le directeur, conformément aux règlements, fixe un montant qui sera adéquat, à son avis, pour fournir

cient to provide the applicant with an income sufficient to pay the cost of his basic necessities.

au requérant un revenu suffisant pour défrayer le coût de ses besoins essentiels.

Discontinuance, reduction, suspension or increase in allowance. ^a

9(1) Where, on the basis of information received by the director, the director is of the opinion that the social allowance being paid to a recipient

- (a) should be discontinued; or
- (b) should be reduced; or
- (c) should be suspended; or
- (d) should be increased;

the director, may by written order direct that the social assistance be discontinued, reduced, suspended or increased, as the case may require.

Modifications de l'allocation

9(1) Lorsque, sur la foi de l'information reçue par le directeur, celui-ci est d'avis que l'allocation d'aide sociale versée à un bénéficiaire devrait, selon le cas:

- a) être discontinuée;
- b) être diminuée;
- c) être suspendue;
- d) être augmentée,

il peut ordonner par écrit que l'allocation d'aide sociale soit discontinuée, diminuée, suspendue ou augmentée, en conséquence.

Right of appeal.

9(3) An applicant or a recipient or a person who has applied for, or is or was receiving, municipal assistance from a municipality may appeal to the appeal board where he feels his treatment was unfair because

- (a) he was not allowed to apply or re-apply for social allowance or municipal assistance;
- (b) his request for social allowance or municipal assistance or increase in social allowance or municipal assistance was not decided upon within a reasonable time;
- (c) his application for social allowance or municipal assistance was denied;
- (d) his social allowance or municipal assistance was cancelled, suspended, varied or withheld;
- (e) the amount of social allowance or municipal assistance granted is insufficient to meet his needs.

Droit d'appel

9(3) Le requérant, le bénéficiaire ou la personne qui a présenté une demande d'aide municipale, ou qui reçoit ou recevait une telle aide d'une municipalité, peut interjeter appel à la Commission d'appel lorsqu'il considère qu'il a été traité injustement du fait:

- a) qu'on ne lui a pas permis de présenter une demande, ou de présenter une nouvelle demande, d'allocation d'aide sociale ou d'aide municipale;
- b) que la décision relative à sa demande d'allocation d'aide sociale ou d'aide municipale, ou relative à sa demande d'augmentation d'allocation d'aide sociale ou d'aide municipale, n'a pas été prise dans un délai raisonnable;
- c) que sa demande d'allocation d'aide sociale ou d'aide municipale a été rejetée;
- d) que son allocation d'aide sociale ou aide municipale a été annulée, suspendue, modifiée ou retenue;
- e) que le montant d'allocation d'aide sociale ou d'aide municipale accordé n'est pas suffisant pour subvenir à ses besoins.

Recovery of payments made in error or on false statements.

20(1) Where the government has provided or paid assistance or any social allowance to or for a person,

Recouvrement de versements faits par erreur

20(1) Lorsque le gouvernement a fourni ou versé de l'aide ou une allocation d'aide sociale à une personne

if the assistance or social allowance, or any part thereof, would not have been provided or paid except for

(a) a false statement or misrepresentation made by the person; or

(b) an error;

the government may recover from the person, or his executors or administrators, or his spouse, or the executors or administrators of his spouse, and, if the person is an infant, his parent or guardian or any person legally liable to pay his expenses, the amount of that assistance or social allowance or that part thereof as a debt due and owing from the person to the Crown.

Deductions from recipients.

20(3) Notwithstanding any other provision of this Act or the regulations, where under subsection (1) or (2), a person who is liable to pay an amount of social allowance paid to him as a debt to the Crown in right of Manitoba, is a recipient the director may authorize the deduction of an amount that would not cause undue hardship to the recipient from each subsequent payment of social allowance to that person until the amount of the indebtedness of that person is discharged.

The Manitoba *Social Allowances Regulation*, S160-404/88R, provides in Schedule A to s. 5 for the costs of basic necessities, according to the number of adult persons and the number and ages of the children. The monthly rate for "food, clothing, personal needs for adult recipients and household supplies" for one adult person without dependants is set at \$213.40, an amount that was much referred to in the course of argument, since the respondent is such a person. The trial judge found that the province's policy as to the quantum of recovery in the case of overpayments was to recover 5 percent of the total allowance, or the whole of that portion of the allowance intended to

ou pour celle-ci dans un cas où l'aide ou l'allocation d'aide sociale, ou une partie de cette aide ou allocation, n'aurait pas été fournie ou versée si ce n'était:

a) d'une déclaration fautive ou trompeuse faite par cette personne;

b) d'une erreur,

le gouvernement peut recouvrer de la personne, de ses exécuteurs testamentaires ou administrateurs, de son conjoint, des exécuteurs testamentaires ou administrateurs du conjoint et, si la personne en question est un mineur, de son père, de sa mère, de son tuteur ou de toute personne légalement tenue civilement de défrayer les frais relatifs à ce mineur, le montant de cette aide ou allocation d'aide sociale, ou une partie de cette aide ou allocation, à titre de créance de la Couronne envers cette personne.

Retenue faite sur le montant versé à un bénéficiaire

20(3) Par dérogation à toute autre disposition de la présente loi ou des règlements, lorsqu'une personne est un bénéficiaire alors qu'elle est redevable à la Couronne du chef du Manitoba, en vertu du paragraphe (1) ou (2), d'un montant qui lui fut versé à titre d'allocation d'aide sociale, le directeur peut autoriser la retenue d'un montant dont la privation ne causera pas un préjudice injustifié au bénéficiaire sur chaque versement subséquent d'allocation d'aide sociale versé à cette personne, jusqu'à ce que le montant de la dette de cette personne soit entièrement remboursé.

L'annexe A (art. 5) du *Règlement sur l'aide sociale* du Manitoba, S160-404/88R, précise les coûts relatifs aux besoins essentiels, en fonction du nombre de bénéficiaires adultes, et du nombre d'enfants et de leur âge. Le taux mensuel pour «nourriture, vêtements, besoins particuliers des bénéficiaires adultes et services d'entretien domestique» accordé à un adulte sans personne à charge est fixé à 213,40 \$. Ce montant a été cité à maintes reprises au cours des débats car l'intimé entre dans cette catégorie. Le juge de première instance a conclu que la politique de la province relative au recouvrement des paiements en trop consistait à retenir le moindre des deux montants suivants: cinq pour cent de l'allocation totale ou la totalité de la portion de l'allocation destinée à subvenir

cover "personal requirements", whichever is less ((1989), 57 D.L.R. (4th) 211, at p. 219).

The rates of social assistance falling under *The Municipal Act* are set by the individual municipalities.

The relevant provisions of *The Municipal Act* are as follows:

PART VII

MUNICIPAL ASSISTANCE

DIVISION I

AID TO NEEDY PERSONS

Powers under Social Allowances Act.

449 Every municipality has the powers and authority set out in section 2 of The Social Allowances Act.

Definitions.

450(1) Subject to Rule 1 set out in Schedule 7, in this Division

"assistance" means assistance as defined in The Social Services Administration Act;

"basic necessities" means things, goods and services that are essential to a person's health and well-being, including food, clothing, shelter, household and personal requirements, medical, hospital, optical, dental and other remedial treatment, care and attention, and an adequate funeral on death;

"municipal assistance" means assistance provided by a municipality to a person in need who is a resident of, or found in, the municipality;

"person in need" means a person who lacks the basic necessities and includes a dependant of a person in need.

Municipal assistance.

451(1) The council of each municipality shall, by by-law, provide

aux «besoins personnels» ((1989), 57 D.L.R. (4th) 211, à la p. 219).

C'est chaque municipalité qui fixe les taux d'aide sociale relevant de la *Loi sur les municipalités*.

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur les municipalités* sont les suivantes:

PARTIE VII

AIDE MUNICIPALE

SECTION I

AIDE AUX PERSONNES NÉCESSITEUSES

Loi sur l'aide sociale

449 Chaque municipalité possède les pouvoirs énoncés à l'article 2 de la Loi sur l'aide sociale.

Définitions

450(1) Sous réserve de la règle 1 figurant à l'annexe 7, les définitions qui suivent s'appliquent à la présente section.

«aide» L'aide au sens de la Loi sur l'administration des services sociaux.

«aide municipale» Aide fournie par une municipalité à une personne nécessiteuse qui réside ou se trouve dans la municipalité.

«besoins essentiels» Choses, marchandises et services essentiels à la santé et au bien-être d'une personne, notamment la nourriture, les vêtements, le logement, les besoins personnels et domestiques, les traitements médicaux, hospitaliers, ophtalmologiques et dentaires et autres traitements thérapeutiques, les autres soins nécessaires et des funérailles décentes en cas de décès.

«personne nécessiteuse» Personne qui ne peut subvenir à ses besoins essentiels et personnes à sa charge.

Obligation de fournir une aide municipale

451(1) Le conseil municipal doit, par arrêté, prendre des dispositions:

(a) for granting municipal assistance to any person in need who is a resident of, or is found in, the municipality, who lacks the basic necessities, and who is not qualified to receive a social allowance; and

(b) for regulating and prescribing the conditions under which municipal assistance is to be given to ensure that basic necessities of persons in need are met.

Appeal under Social Allowances Act.

451(4) Where a municipality has passed a by-law under subsection (1), any person who has applied for, or is or was receiving, municipal assistance from the municipality may appeal any decision affecting his application or varying or terminating the municipal assistance in accordance with section 9 of The Social Allowances Act and that section applies to the appeal and to the municipality.

Municipality fails to assist.

452 Where a municipality responsible for the provision of municipal assistance to a person in need fails or refuses to grant the municipal assistance, the person may apply to the director under The Social Allowances Act who may grant assistance under that Act in lieu of municipal assistance; and the amounts paid under this section as assistance under that Act is a debt due to the government by the municipality and may be recovered by the government from the municipality by withholding from grants payable to the municipality from the government amounts equivalent to the amounts paid under this section as assistance under that Act.

Judgments Below

Federal Court of Canada, Trial Division (1989), 57 D.L.R. (4th) 211

On the issue of the standard of benefits, if any, required by CAP to permit federal contribution, the trial judge, Teitelbaum J., concluded that CAP and the agreement with Manitoba made federal contributions conditional on the province providing sufficient funds to meet the basic needs of the recipient as a condition of federal contribution. He further held that the permitted deduction for overpayment of up to 5 percent of the basic needs of the recipient offended this requirement, and was in

a) pour fournir une aide municipale aux personnes nécessiteuses qui résident dans la municipalité ou s'y trouvent, qui ne peuvent subvenir à leurs besoins essentiels et qui n'ont pas droit à l'aide sociale;

b) pour réglementer et fixer les conditions d'octroi de l'aide municipale afin de s'assurer que les besoins essentiels des personnes nécessiteuses sont satisfaits.

Appel en vertu de la Loi sur l'aide sociale

451(4) Lorsqu'une municipalité a adopté un arrêté en application du paragraphe (1), toute personne qui a fait une demande d'aide municipale ou qui reçoit ou recevait une telle aide de la municipalité peut interjeter appel de toute décision concernant sa demande ou modifiant ou supprimant l'aide qui lui est accordée. L'appel se fait conformément à l'article 9 de la Loi sur l'aide sociale, et les dispositions de cet article s'appliquent à la procédure d'appel et à la municipalité.

Défaut de fournir l'assistance

452 Lorsque la municipalité tenue de fournir une aide municipale à une personne nécessiteuse refuse ou néglige de le faire, cette personne peut s'adresser au directeur visé par la Loi sur l'aide sociale. Ce dernier peut, en application de cette loi, lui accorder une aide pour remplacer l'aide municipale. Les montants d'aide versés dans le cadre du présent article constituent une dette de la municipalité envers le gouvernement qui peut la recouvrer en déduisant des subventions qu'il verse à cette municipalité l'équivalent des montants payés en vertu du présent article sous le régime de la Loi sur l'aide sociale.

Les juridictions inférieures

Cour fédérale du Canada, Section de première instance (1989), 57 D.L.R. (4th) 211

Sur la question du niveau d'allocations, s'il en est, que prescrit le RAPC pour qu'il y ait contribution fédérale, le juge Teitelbaum de première instance a conclu qu'aux termes du RAPC et de l'accord avec le Manitoba, le versement de contributions fédérales était soumis à la condition que la province verse des fonds suffisants pour satisfaire les besoins fondamentaux du bénéficiaire. Il a dit en outre que l'autorisation de retenir, au titre des paiements en trop, jusqu'à concurrence

contravention of the province's obligations under the CAP agreement.

On the issue of whether CAP permits the province to allow municipalities to set the rate of social assistance, Teitelbaum J. held that any discrepancy between the amounts paid to recipients under the SAA and *The Municipal Act* did not necessarily constitute a violation of CAP and was permitted.

Teitelbaum J. granted the plaintiff a declaration of non-compliance on the first ground and issued an injunction against the Minister of Finance enjoining payments to Manitoba under CAP so long as the SAA continues to authorize reducing an allowance below the level of basic requirements. He declined, however, to award the plaintiff costs, holding that in receiving moneys he should not have had, he was "the author of his own misfortune" (p. 231).

Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 790

On the first issue, the Federal Court of Appeal, *per MacGuigan J.A.*, held that CAP, and in particular s. 6(2)(a), required the provincial scheme to "fulfil" or "meet" the basic requirements of the recipient. It appears that this includes both "basic requirements" and additional amounts which may be included in the term "budgetary requirements". The deduction of up to 5 percent from the basic needs standard of \$213.40 applicable in this case reduced the amount payable below this minimum and violated the CAP agreement. MacGuigan J.A. stated, at pp. 815-16:

To hold that a province does not have the right to recover overpayments . . . on any basis that does not satisfy the conditions of the *Canada Assistance Plan*

de 5 pour 100 du montant des besoins fondamentaux du bénéficiaire allait à l'encontre de cette exigence et constituait un manquement aux obligations de la province stipulées dans l'accord conclu en vertu du RAPC.

Quant à savoir si la province peut, en vertu du RAPC, autoriser les municipalités à fixer le taux d'aide sociale, le juge Teitelbaum a statué que toute différence entre la somme versée aux bénéficiaires sous le régime de la *Loi sur l'aide sociale* et celle payée en vertu de la *Loi sur les municipalités* ne contrevenait pas nécessairement au RAPC et était permise.

Le juge Teitelbaum a rendu en faveur du demandeur, relativement à son premier moyen, un jugement déclarant que les exigences du RAPC n'avaient pas été respectées et a enjoint au ministre des Finances de ne pas effectuer de versements au Manitoba en vertu du RAPC tant que la *Loi sur l'aide sociale* continuera à permettre de réduire une allocation à un montant inférieur au niveau des besoins fondamentaux. Il a toutefois refusé d'accorder des dépens au demandeur parce qu'en touchant les sommes qu'il n'aurait pas dû recevoir, celui-ci a été «l'auteur de son propre malheur» (p. 231).

Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 790

Au sujet de la première question en litige, la Cour d'appel fédérale a conclu, par l'intermédiaire du juge MacGuigan, que le RAPC et, en particulier, son al. 6(2)(a) exigeaient que le régime provincial «remplisse» ou «satisfasse» les besoins fondamentaux du bénéficiaire, ce qui semble englober à la fois les «besoins fondamentaux» et les montants supplémentaires pouvant être visés par l'expression «besoins matériels». Or, la retenue d'un montant allant jusqu'à 5 pour 100 de la somme de 213,40\$, qui représente le niveau des besoins fondamentaux applicable en l'espèce, faisait tomber sous ce seuil la somme payable et contrevenait à l'accord conclu en vertu du RAPC. Le juge MacGuigan affirme, aux pp. 815 et 816:

Il faut cependant reconnaître qu'une province qui n'aurait pas le droit de recouvrer . . . des paiements en trop en vertu . . . [de] dispositions qui ne respectent pas

admittedly renders difficult the recovery of overpayments, a recovery which is in effect forced upon the province by the Federal Government. Of course, a province will always have a remedy in the case of fraud, or where the recipient has access to other income or resources. But it must not be blithely supposed that it is necessarily in the public interest to bleed those who live at or below the poverty line as a purgative for social health, even if the bleeding is only a little at a time and only once a month. Such attempted disincentives to abuse may well be as socially harmful as the reputed disease. [References omitted.]

On the second issue, the Court of Appeal held that CAP required social assistance rates to be established by the province and that the practice of having them set by the municipality violated the requirements of CAP.

With respect to remedy, the Court of Appeal was of the view that the trial judge's injunction against all payments to Manitoba under CAP was too broad, adversely affecting too many programs. It thus dismissed the appeal from the declaration but allowed the appeal from the injunction. It also issued a declaration that the rates were to be established by the provincial authority, not the municipalities, and reversed the trial judge's decision on costs. The Court of Appeal held that costs should be awarded to Mr. Finlay on a solicitor-client basis because Mr. Finlay was recognized as having standing as a public interest plaintiff. The Court of Appeal disagreed with the trial judge's decision that the overpayments were caused by Mr. Finlay's own deliberate actions.

Discussion

1. *Does the Deduction of Overpayments Violate CAP?*

(a) What Amount if Any Must the Province Provide to a Person in Need in Order to

les conditions prévues dans le *Régime d'assistance publique du Canada* pourrait difficilement recouvrer le trop-perçu, opération qui est en réalité imposée à la province par le gouvernement fédéral. Bien entendu, une province aura toujours un recours en cas de fraude, ou si le bénéficiaire a d'autres sources de revenu ou d'autres ressources. Il ne faut cependant pas être assez naïf pour croire qu'il est nécessairement dans l'intérêt public de soutirer de l'argent à ceux qui vivent à la limite du seuil de la pauvreté ou sous ce seuil pour assainir la société, même si les sommes retenues sont peu élevées (*sic*) et réparties sur plusieurs mois. De tels efforts de dissuasion pourraient bien faire autant de tort à la société que la situation qu'on veut corriger. [Renvois omis.]

Au sujet de la seconde question, la Cour d'appel fédérale a jugé que le RAPC exigeait que les taux d'aide sociale soient fixés par la province et que la pratique consistant à déléguer cette fonction aux municipalités était contraire aux exigences du RAPC.

Quant au redressement, la Cour d'appel a estimé que l'injonction du juge de première instance interdisant tout paiement au Manitoba en vertu du RAPC avait une portée excessive en ce qu'elle nuisait à un trop grand nombre de programmes. Elle a donc rejeté l'appel interjeté contre le jugement déclaratoire, mais a accueilli l'appel interjeté contre l'injonction. Elle a également déclaré qu'il incombait à l'autorité provinciale, et non pas aux municipalités, de fixer les taux et a infirmé la décision du juge de première instance relativement aux dépens. La Cour d'appel a décidé qu'il y avait lieu d'accorder à M. Finlay des dépens sur la base procureur-client, étant donné qu'on avait reconnu qu'il avait qualité pour agir en tant qu'auteur d'une demande d'intérêt public. La Cour d'appel a rejeté la décision du juge de première instance selon laquelle les paiements en trop résultaient des actes délibérés de M. Finlay lui-même.

Analyse

1. *La retenue au titre des paiements en trop contrevient-elle au RAPC?*

a) Quelle somme, s'il en est, la province doit-elle fournir à une personne nécessiteuse afin

Meet the Conditions for Cost Sharing Under CAP?

The parties and interveners posit three different answers to this question. The appellant, the federal Minister of Finance, says the province must provide an amount equal to basic requirements as defined in CAP. The interveners for the provinces submit that CAP requires no minimum; the provinces must simply “consider” in the sense of “look at” basic requirements in its calculation. The respondent and the National Anti-Poverty Organization (“NAPO”) adopt the position that the province must provide both basic requirements and budgetary requirements.

On one thing, however, the parties agree; the sections of the CAP legislation and regulations governing the issue are far from clear. While different parties stress different phrases, all agree that grammatical parsing alone will not yield an answer; recourse must be had to the purpose and overall functioning of the scheme.

The scheme, like most shared-cost arrangements between the federal government and the provinces, is essentially cooperative. The provinces may participate; they are not obliged to do so. The provinces have responsibility and exclusive jurisdiction over social assistance within their boundaries. The federal government agrees to share the cost of their programs, provided certain conditions are met. One of the conditions is that the province enter into an agreement with the federal government. The language of the agreements tracks the language of the CAP Act and incorporates conditions imposed by that Act.

I have concluded that the most sensible interpretation of these difficult provisions is that the provinces, in order to be eligible for federal contribution to the costs of social assistance, must have in place a scheme which provides for the basic requirements of the person in need, that is, for his or her “food, shelter, clothing, fuel, utilities,

de remplir les conditions du partage des frais en vertu du RAPC?

Les parties et les intervenants proposent trois réponses différentes à cette question. L’appelant le ministre fédéral des Finances prétend que la province doit payer une somme égale aux besoins fondamentaux définis dans le RAPC. Les intervenants pour les provinces soutiennent pour leur part que le RAPC ne prescrit aucun minimum, que les provinces sont simplement tenues, dans le calcul de ce montant, de «considérer» les besoins fondamentaux au sens de les «envisager». Selon l’intimé et l’Organisation nationale anti-pauvreté («ONAP»), la province doit pourvoir à la fois aux besoins fondamentaux et aux besoins matériels.

Toutefois, les parties s’accordent sur un point: les dispositions pertinentes du RAPC et de son règlement d’application sont loin d’être claires. Quoique différentes parties mettent l’accent sur différentes expressions, toutes conviennent que la réponse ne se dégagera pas d’une simple analyse grammaticale et qu’il faut tenir compte de l’objet et du fonctionnement global du régime.

Ce régime, comme la plupart des accords de partage de frais intervenus entre le gouvernement fédéral et les provinces, est essentiellement de nature coopérative. Les provinces peuvent participer; elles ne sont pas tenues de le faire. À l’intérieur de leurs frontières, les provinces ont la responsabilité de l’aide sociale en plus de posséder une compétence exclusive dans ce domaine. Le gouvernement fédéral convient de partager les frais de leurs programmes, pourvu que soient remplies certaines conditions. L’une de ces conditions est que la province conclue un accord avec le gouvernement fédéral. Ces accords reprennent les termes du RAPC et renferment les conditions prescrites par cette loi.

J’ai conclu que l’interprétation la plus sensée de ces dispositions difficiles est celle suivant laquelle les provinces, pour avoir droit à une contribution fédérale aux frais de l’aide sociale, doivent avoir mis en place un régime qui pourvoit aux besoins fondamentaux des personnes nécessiteuses, que sont «la nourriture, le logement, le vêtement, le

household supplies and personal requirements". Other benefits, those enumerated in (b) to (h) of the definition of "assistance", are not required as a condition of federal assistance, but will be subject to cost sharing if undertaken. In arriving at these conclusions, I have not considered the constitutional limits, if any, on the federal spending power. That issue was not raised before us and should, in my view, be left to another day.

The considerations which lead me to the conclusion that the provinces undertake under CAP to provide the basic necessities of persons in need are the following:

1. The Wording of CAP
2. The Purpose of the Provisions
3. The Legislative Debate
4. The Adequacy Principle

1. *The Wording of CAP*

I note first the preamble. It sets forth Parliament's recognition "that the provision of adequate assistance to and in respect of persons in need and the prevention and removal of the causes of poverty and dependence on public assistance are the concern of all Canadians . . ." This phrase suggests that the goal was to provide adequate assistance to—that is, to meet the basic needs of—people in need across the country. The second part of the recital is less clear: "the Parliament of Canada . . . is desirous of encouraging the further development and extension of assistance and welfare services programs throughout Canada by sharing more fully with the provinces in the cost thereof . . ." The provinces submit that this indicates that the goal of CAP is not to ensure that basic needs are met, but merely to "encourage" the provinces to work toward more generous assistance. However, it is possible to reconcile these words with the federal government's position that CAP requires the province to provide basic necessities but not extra "budgetary requirements". The preamble is then read as indicating the desire to ensure that every-

combustible, les services d'utilité publique, les fournitures ménagères et les services répondant aux besoins personnels». D'autres services, soit ceux énumérés aux al. b) à h) de la définition d'«assistance publique», ne sont pas requis comme condition de l'aide fédérale, mais feront l'objet d'un partage des frais s'ils sont fournis. En tirant ces conclusions, je n'ai pas tenu compte des limites, s'il en est, qu'impose la Constitution au pouvoir fédéral de dépenser. Cette question n'a pas été soulevée devant nous et, à mon avis, il y a lieu d'attendre une autre occasion pour la trancher.

Voici les facteurs qui m'amènent à conclure que les provinces s'engagent, en vertu du RAPC, à subvenir aux besoins essentiels des personnes nécessiteuses:

1. Le texte du RAPC
2. L'objet des dispositions en cause
3. Les débats législatifs
4. Le principe du caractère adéquat.

1. *Le texte du RAPC*

Je m'arrête d'abord au préambule, où le Parlement reconnaît «que l'instauration de mesures convenables d'assistance publique pour les personnes nécessiteuses et que la prévention et l'élimination des causes de pauvreté et de dépendance de l'assistance publique intéressent tous les Canadiens . . .» Ce passage laisse entendre que le but poursuivi était de fournir aux personnes nécessiteuses partout au pays une assistance publique convenable, c'est-à-dire répondre à leurs besoins fondamentaux. La seconde partie du considérant est moins limpide. On y lit que le «Parlement du Canada [. . .] désire encourager l'amélioration et l'élargissement des régimes d'assistance publique et des services de protection sociale dans tout le Canada en partageant dans une plus large mesure avec les provinces les frais de ces programmes . . .» Cela indique, d'après les provinces, que le RAPC a pour but non pas d'assurer que les besoins fondamentaux soient satisfaits, mais simplement d'«encourager» les provinces à travailler à une assistance publique plus généreuse. Il est cependant possible de concilier ces mots avec le point de vue du gou-

one in need receives the basic necessities, while at the same time encouraging extension of assistance with respect to needs outside this category. Viewed thus, there is no contradiction between the two sections of the preamble.

I come then to the operative provisions of CAP. Section 2 defines the type of assistance which is contemplated by the scheme.

“assistance” means aid in any form to or in respect of persons in need for the purpose of providing or providing for all or any of the following:

(a) food, shelter, clothing, fuel, utilities, household supplies and personal requirements (hereinafter referred to as “basic requirements”),

(b) prescribed items incidental to carrying on a trade or other employment and other prescribed special needs of any kind,

(c) care in a home for special care,

(d) travel and transportation,

(e) funerals and burials,

(f) health care services,

(g) prescribed welfare services purchased by or at the request of a provincially approved agency, and

(h) comfort allowances and other prescribed needs of residents or patients in hospitals or other prescribed institutions; [Emphasis added.]

It thus emerges that the benefits contemplated by the scheme fall into two categories — “basic requirements” in para. (a), and other ancillary benefits described in paras. (b) through (h).

vernement fédéral qui veut que la province soit tenue, aux termes du RAPC, de pourvoir aux besoins fondamentaux, mais non à des «besoins matériels» supplémentaires. Suivant cette interprétation, le préambule traduit la volonté d’assurer que toutes les personnes nécessiteuses voient combler leurs besoins fondamentaux et, en même temps, d’encourager la prestation d’assistance publique en ce qui concerne les besoins ne relevant pas de cette catégorie. Dans cette optique, les deux parties du préambule ne se contredisent pas.

Cela m’amène aux dispositions clés du RAPC. L’article 2 définit le type d’assistance envisagé par le régime.

«assistance publique» Aide sous toutes ses formes aux personnes nécessiteuses ou à leur égard en vue de fournir, ou de prendre les mesures pour que soient fournis, l’ensemble ou l’un quelconque ou plusieurs des services suivants:

a) la nourriture, le logement, le vêtement, le combustible, les services d’utilité publique, les fournitures ménagères et les services répondant aux besoins personnels (ci-après appelés «besoins fondamentaux»);

b) les articles réglementaires, accessoires à l’exercice d’un métier ou autre emploi, ainsi que les services répondant aux autres besoins spéciaux réglementaires de toute nature;

c) les soins dans un foyer de soins spéciaux;

d) les déplacements et moyens de transport;

e) les obsèques et enterrements;

f) les services de santé;

g) les services réglementaires de protection sociale dont l’acquisition est faite par un organisme approuvé par une province ou à la demande d’un tel organisme;

h) les allocations de menues dépenses et autres services réglementaires répondant aux besoins des résidents ou malades des hôpitaux ou autres établissements réglementaires. [Je souligne.]

Il en ressort donc que le régime envisage deux catégories d’allocations, les allocations subvenant aux «besoins fondamentaux» dont il est question à l’al. a), et les allocations accessoires décrites aux al. b) à h).

Section 4 of CAP authorizes the Minister to enter into agreements with the provinces to provide for the “assistance” defined in s. 2.

The standard of assistance which the province must agree to is governed by s. 6(2)(a) and (b). Because of their importance I reproduce them in full, in English and in French.

(2) An agreement shall provide that the province

(a) will provide financial aid or other assistance to or in respect of any person in the province who is a person in need described in paragraph (a) of the definition “person in need” in section 2, in an amount or manner that takes into account the basic requirements of that person;

(b) will, in determining whether a person is a person described in paragraph (a) and the assistance to be provided to that person, take into account the budgetary requirements of that person and the income and resources available to that person to meet those requirements;

(2) Un accord doit prévoir que la province:

a) fournira l'aide financière ou une autre forme d'assistance publique à toute personne de la province qui est une personne nécessiteuse visée à l'alinéa a) de la définition de “personne nécessiteuse” à l'article 2, ou à l'égard d'une telle personne, dans une mesure ou d'une manière compatibles avec ses besoins fondamentaux;

b) tiendra compte, en décidant si une personne est visée par l'alinéa a) et en déterminant l'assistance publique à fournir à cette personne, de ses besoins matériels et des revenus et ressources dont elle dispose pour les satisfaire;

It is my conclusion that the interpretation which best accommodates the language of these sections is the following. Section 6(2)(a) sets out the minimum standards to which the provinces must agree if they are to obtain a contribution from the federal government. The English version is ambivalent, requiring only that the province “take into account” the basic requirements of the person in need. The French version makes the matter clear. Instead of “*tiendra compte*”, the equivalent of “will take into account”, the French version uses the word “*compatible*”, closer to the English “com-

L'article 4 du RAPC autorise le Ministre à conclure avec les provinces des accords en vue de fournir l'«assistance publique» définie à l'art. 2.

La norme à laquelle la province doit souscrire en matière d'assistance publique est régie par les al. 6(2)a) et b). Compte tenu de leur importance, je les reproduis intégralement, en français et en anglais.

(2) Un accord doit prévoir que la province:

a) fournira l'aide financière ou une autre forme d'assistance publique à toute personne de la province qui est une personne nécessiteuse visée à l'alinéa a) de la définition de «personne nécessiteuse» à l'article 2, ou à l'égard d'une telle personne, dans une mesure ou d'une manière compatibles avec ses besoins fondamentaux;

b) tiendra compte, en décidant si une personne est visée par l'alinéa a) et en déterminant l'assistance publique à fournir à cette personne, de ses besoins matériels et des revenus et ressources dont elle dispose pour les satisfaire;

(2) An agreement shall provide that the province

(a) will provide financial aid or other assistance to or in respect of any person in the province who is a person in need described in paragraph (a) of the definition «person in need» in section 2, in an amount or manner that takes into account the basic requirements of that person;

(b) will, in determining whether a person is a person described in paragraph (a) and the assistance to be provided to that person, take into account the budgetary requirements of that person and the income and resources available to that person to meet those requirements;

Je conclus que l'interprétation qui concorde le mieux avec les termes de ces dispositions est la suivante. L'alinéa 6(2)a) énonce les normes minimales auxquelles les provinces doivent souscrire pour obtenir une contribution du gouvernement fédéral. La version anglaise est équivoque puisqu'elle exige simplement de la province qu'elle «*take into account*» les besoins fondamentaux de la personne nécessiteuse. La version française clarifie la situation. On y trouve en effet, plutôt que «*tiendra compte*», qui est l'équivalent de «*will take into account*», le mot «*compatible*», qui se rap-

patible”. “*Compatible*” suggests harmony between the basic requirements of the person in need and the aid provided. The province is not merely obliged to consider or “look at” the basic requirements of the person in determining what it will pay; it must provide a sum “*compatible*” with them.

This conclusion is reinforced by the use of the phrase “*tiendra compte*” in s. 6(2)(b). Section 6(2)(b) has a broader scope than s. 6(2)(a), referring to “budgetary requirements” rather than the narrower concept of “basic requirements.” With respect to this broader range of assistance, neither the French nor the English version suggests that the province must meet certain needs; rather it need only take them into account.

Read together, s. 6(2)(a) and (b) indicate that the provinces must provide for the basic requirements of persons in need as defined in s. 2(a). With respect to the other benefits, those found in s. 2(b) to (h), they need only take into account the budgetary requirements and resources of the person in determining how much he or she should receive.

The provincial interveners argue that the use of “takes into account” in the English version of s. 6(2)(a) confirms that the scheme does not contemplate a minimum level of aid which the province must provide, but only requires that the provinces consider the basic requirements of the person in need. However, this argument cannot be made on the language of the French version. Since both versions are of equal value, we must seek the interpretation which best fits them both. “Takes into account” may mean either “consider” or “fulfil”. “*Compatible*” in the French version, on the other hand, can mean only “fulfil” or “be consistent with”; it cannot mean “*tiendra compte*”. It follows that the meaning which should prevail is “*compatible*” in the sense of fulfilling or being consistent with.

proche davantage du terme anglais «*compatible*». Or «*compatible*» évoque la correspondance entre les besoins fondamentaux de la personne nécessiteuse et l’aide fournie. La province n’est pas seulement tenue de considérer ou d’«*envisager*» les besoins fondamentaux de la personne en déterminant le montant qu’elle versera; elle doit fournir un montant «*compatible*» avec ces besoins.

^a Cette conclusion est renforcée par l’emploi de l’expression «*tiendra compte*» à l’al. 6(2)b). De portée plus large que l’al. 6(2)a), l’al. 6(2)b) parle des «*besoins matériels*» plutôt que du concept plus restreint des «*besoins fondamentaux*». En ce qui concerne cette catégorie plus large d’assistance publique, ni la version française ni la version anglaise ne laisse entendre que la province doit subvenir à certains besoins; au contraire, elle n’a qu’à en tenir compte.

^b Il ressort des al. 6(2)a) et b), pris ensemble, que les provinces doivent subvenir aux besoins fondamentaux des personnes nécessiteuses définies à l’al. 2a). Pour ce qui est des autres besoins, soit ceux mentionnés aux al. 2b) à h), elles n’ont qu’à tenir compte des besoins matériels et des ressources de la personne pour déterminer la somme qu’elle devrait toucher.

^c Les intervenants provinciaux font valoir que l’emploi de l’expression «*takes into account*» dans la version anglaise de l’al. 6(2)a) confirme que le régime n’envisage pas un niveau minimal d’aide à fournir par la province, mais exige simplement que les provinces prennent en considération les besoins fondamentaux de la personne nécessiteuse. Toutefois, c’est un argument que n’appuie pas la version française de cet alinéa. Comme les deux versions se valent, il nous faut chercher l’interprétation qui convient le mieux aux deux. «*Takes into account*» peut signifier soit «*considérer*», soit «*combler*». Le mot «*compatible*» dans la version française, par contre, ne peut vouloir dire que «*combler*» ou «*concorder avec*»; il ne peut signifier «*tiendra compte*». Il s’ensuit que c’est l’idée de «*compatible*» dans le sens de combler ou de concorder avec qui devrait l’emporter.

2. The Purpose of the Provisions

If “takes into account” in s. 6(2)(a) is read as requiring only that the provinces “look at” or “consider” “basic requirements”, it is difficult to ascribe a purpose to s. 6(2)(a). It would not serve to ensure that the federal government’s objects are furthered. Consideration of basic requirements without more would not serve to limit federal contributions to meritorious expenditures. A province, for example, would be free to pass an Act giving persons in need generous transportation allowances without more, and the federal government would be obliged to pay half the cost, provided that the province said it had “looked at” or “considered” providing for more basic requirements. Nor would the contribution necessarily further the objects of providing adequate assistance to persons in need, the prevention and removal of the causes of poverty, and the “encouraging the further development and extension of assistance and welfare services programs throughout Canada”, mentioned in the preamble to CAP. And if these problems could be solved, the fact remains that the federal government would have no way of verifying whether a province had “considered” basic requirements or not. In short, to read s. 6(2)(a) as the intervening provinces suggest is to deprive it of meaning for all practical purposes.

It was argued that s. 6(2)(a) should be interpreted as allowing the provinces to pay some portion but not all of the “basic requirements”, for example 50 percent, and still claim federal contribution. This, it was suggested, was the intent of the phrase “take into account.” But if a province can lower the rate to 50 percent, why not 5 percent, why not 1 percent? In other words, this interpretation is, from a logical and practical point of view, really no different from saying that all the provinces need to do is to consider making an allowance for basic requirements and then make any

2. L’objet des dispositions en cause

Si l’expression anglaise «takes into account» figurant à l’al. 6(2)a) est interprétée comme exigeant simplement que les provinces «envisagent» ou «considèrent» les «besoins fondamentaux», il devient difficile d’attribuer un objet à cet alinéa. Il ne servirait pas à assurer la réalisation des objectifs du gouvernement fédéral. Considérer, sans plus, les besoins fondamentaux ne servirait pas à limiter les contributions fédérales aux dépenses qui méritent d’être subventionnées. Par exemple, une province serait libre d’adopter une loi qui accorderait, sans plus, aux personnes nécessiteuses de généreuses allocations de transport et le gouvernement fédéral serait alors tenu d’en payer la moitié du coût, pourvu que la province affirme avoir «envisagé» ou «considéré» la possibilité de pourvoir à des besoins plus fondamentaux. La contribution ne favoriserait pas non plus nécessairement la réalisation des objectifs d’instauration de mesures convenables d’assistance publique pour les personnes nécessiteuses, de prévention et d’élimination des causes de pauvreté et d’«encourage[ment de] l’amélioration et [de] l’élargissement des régimes d’assistance publique et des services de protection sociale dans tout le Canada», énoncés au préambule du RAPC. Et même s’il était possible de résoudre ces problèmes, le gouvernement fédéral n’en demeurerait pas moins dans l’impossibilité de vérifier si une province avait «considéré» les besoins fondamentaux. Bref, donner à l’al. 6(2)a) l’interprétation proposée par les provinces intervenantes reviendrait en pratique à le dépouiller de tout sens.

On a soutenu que l’al. 6(2)a) devrait s’interpréter comme permettant aux provinces de payer une partie seulement (50 pour 100, par exemple) des «besoins fondamentaux» tout en conservant le droit de réclamer une contribution fédérale. C’est là, a-t-on fait valoir, le sens de l’expression anglaise «take into account». Mais s’il était loisible à une province de réduire le taux à 50 pour 100, pourquoi ne pourrait-elle pas le ramener à 5 pour 100 ou à 1 pour 100? En d’autres termes, d’un point de vue logique et pratique, cette interprétation revient en fait à dire que les provinces

minimal allowance for basic requirements they wish — and at the same time claim federal contribution for such matters as work programs and transportation for persons in need. At this point, s. 6(2)(a) becomes completely redundant.

The common sense inherent in construing s. 6(2)(a) as imposing a requirement that the province actually provide basic requirements is supported by s. 6(2)(b), which requires that in determining who is a person in need and the assistance to be provided to him or her, the province “take into account the budgetary requirements of that person and the income and resources available to that person to meet those requirements”. The use of the term “budgetary requirements” is more expansive than “basic requirements”, and can be seen as referring not only to basic requirements but also to items (b) through (h) in the definition of “assistance”.

By construing ss. 6(2)(a) and 6(2)(b) functionally in the context of the Act as a whole, a meaning can be assigned to each. Viewed thus, the function of s. 6(2)(a) is to make it a mandatory condition of receipt of federal assistance that the provincial scheme meet the “basic requirements” of persons in need as defined in s. 2. The purpose of s. 6(2)(b) is to ensure that in determining who is a person in need and in fixing the amount of the payment, whether for basic requirements or basic requirements plus other benefits referred to in s. 2, the needs and means of the recipient are taken into account.

3. *The Legislative Debate*

Recognizing that reference to legislative debates has sometimes been said to be of limited assistance and that it is the wording of the statute which must prevail (see *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, *Re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297), the

n’ont qu’à penser à verser une allocation au titre des besoins fondamentaux pour ensuite verser à ce chapitre l’allocation minimale qu’elles veulent, tout en pouvant réclamer des contributions fédérales notamment pour les programmes de travail et pour le transport au profit des personnes nécessiteuses. L’alinéa 6(2)a) deviendrait alors tout à fait redondant.

L’approche logique consistant à interpréter l’al. 6(2)a) comme imposant à la province l’obligation de subvenir réellement aux besoins fondamentaux est appuyée par l’al. 6(2)b) qui exige qu’en déterminant qui est une personne nécessiteuse et quelle assistance doit lui être fournie, la province «tien[ne] compte [...] [des] besoins matériels [de cette personne] et des revenus et ressources dont elle dispose pour les satisfaire». L’expression «besoins matériels» est plus générale que l’expression «besoins fondamentaux» et peut être considérée comme visant non seulement les besoins fondamentaux, mais aussi les services énumérés aux al. b) à h) de la définition du terme «assistance publique».

Si on donne aux al. 6(2)a) et 6(2)b) une interprétation pratique fondée sur le contexte de l’ensemble de la Loi, il devient possible de donner un sens à chacun de ces alinéas. Ainsi, l’al. 6(2)a) a pour rôle d’assujettir l’obtention de l’aide fédérale à la condition que le régime provincial satisfasse les «besoins fondamentaux» des personnes nécessiteuses tels que définis à l’art. 2. Quant à l’al. 6(2)b), il vise à assurer que les besoins et les moyens du bénéficiaire soient pris en considération pour déterminer qui est une personne nécessiteuse et fixer le montant du paiement, que ce soit au titre des besoins fondamentaux ou au titre des besoins fondamentaux et des autres besoins mentionnés à l’art. 2.

3. *Les débats législatifs*

Tout en reconnaissant qu’on a parfois dit que le renvoi aux débats législatifs était de peu d’utilité et que c’est le texte de la loi qui doit l’emporter (voir le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, et le *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Rever-*

debates may nevertheless serve to confirm the appropriateness of a particular statutory interpretation (see *R. v. Sullivan*, [1991] 1 S.C.R. 489, *per* Lamer C.J., for the majority, at p. 503; *R. v. Mailloux*, [1988] 2 S.C.R. 1029, *per* Lamer J. for the Court at p. 1042; *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469, *per* Lamer J. for the majority at p. 487). In this case the Parliamentary debates relating to the adoption of CAP support the conclusion that s. 6(2)(a) was intended to ensure that the provinces meet the "basic requirements" of persons in need. The Honourable Allan MacEachen described this as the "core" of the assistance envisaged by CAP, in a passage in which he used the phrase "take into account" to mean "cover" the cost of basic necessities.

The definition of assistance in the legislation sets out the scope of benefits for persons in need that may be supported through the plan. The core of this definition is contained in the reference to basic requirements; that is, the times that are essential to maintain even a minimum standard of living. These are food, shelter, clothing, fuel, utilities, household supplies and personal requirements. Assistance programs whose benefits fail to cover these items cannot be thought of as adequate and it is proposed, in signing agreements under the plan, that provinces will agree to provide assistance in amounts which take into account individual and family requirements for each of these items.

(House of Commons Debates, 1st Sess., 27th Parl., June 27, 1966, at p. 6921.)

Later in the debate (at pp. 7199-7200), the Minister reiterated that the provinces, at a minimum, must agree to these "basic requirements".

The hon. member for York South (Mr. Lewis) in the most serious speech given from his group said that there were no standards in the Canada Assistance Plan. Well, that is wrong because the bill itself provides that the

sion Act, [1984] 1 R.C.S. 297), il reste que ces débats peuvent servir à confirmer la justesse d'une interprétation législative particulière (voir *R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489, le juge en chef Lamer s'exprimant au nom de la majorité, à la p. 503; *R. c. Mailloux*, [1988] 2 R.C.S. 1029, le juge Lamer s'exprimant au nom de la Cour, à la p. 1042; *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469, le juge Lamer s'exprimant au nom de la majorité, à la p. 487). En l'espèce, les débats parlementaires relatifs à l'adoption du RAPC appuient la conclusion que l'al. 6(2)a) était destiné à assurer que les provinces satisfassent les «besoins fondamentaux» des personnes nécessiteuses. C'est ce que l'honorable Allan MacEachen décrit comme le «principal élément» de l'assistance envisagée par le RAPC, dans un passage où il emploie l'expression «tenir compte» («*take into account*») en lui prêtant le sens de «viser» («*cover*») le coût des besoins fondamentaux.

La définition de l'assistance publique que renferme le projet de loi expose la portée des prestations pour les nécessiteux que prévoit le régime. Le principal élément de la définition se trouve dans l'exposé des besoins fondamentaux, c'est-à-dire les services essentiels au maintien d'un niveau de vie même minimum. Ce sont la nourriture, le logement, le vêtement, le combustible, les services d'utilité publique, les fournitures ménagères et les services répondant aux besoins personnels. Les régimes d'assistance publique dont les prestations ne visent pas ces services ne sauraient être considérés comme convenables et l'on se propose de demander aux provinces, au moment de la conclusion d'accords en vertu du régime, de dispenser des montants, au titre de l'assistance publique, qui tiennent compte des besoins des particuliers et des familles à l'égard de chacun de ces services.

(Débats de la Chambre des communes, 1^{re} sess., 27^e Parl., le 27 juin 1966, à la p. 6921.)

Plus tard au cours du débat (aux pp. 7199 et 7200), le Ministre a répété que les provinces devaient tout au moins accepter de répondre à ces «besoins fondamentaux».

Le député de York-Sud (M. Lewis), dans le discours le plus important des membres de son groupe, a déclaré que le régime d'assistance publique du Canada ne prévoyait pas de normes. Ma foi, cela est inexact, car le bill

basic requirements of recipients, including food, clothing, shelter, fuel, utilities, household supplies and personal requirements, must be met under the operation of this plan. Provinces must agree, under the agreement to be signed, to meet these basic requirements of individuals and provide them with adequate assistance to meet their needs. That is the standard.

He added (at p. 7229):

As I understand it, assistance means aid to persons in need of any of the following items which are contained in 2(a)(i) which are food, shelter, clothing, fuel, utilities, household supplies and personal requirements. In a sense this provides the basic group of items that must be shared in this particular plan and under which we expect that, in agreement with the provinces, there will be an obligation, as part of the sharing arrangement, to provide these basic requirements, including personal requirements.

Still later in the debate, the Minister distinguished between the two classes of benefits contemplated by CAP, one class mandatory, the other optional (at p. 7411).

I am afraid I am not making myself clear. We shall require, as part of an agreement, that the province shall provide adequately for the basic requirements of individuals—food, clothing, shelter, fuel, utilities, household supplies and personal requirements. But the dollar value which is placed on these items either individually or in total is up to the province. We shall share any amount. Then, of course there is the other range of services in whose costs we shall share—items incidental to carrying on a trade, care in a home for special care, travel and transportation, health care services and so on.

As a condition of an agreement, they [the provinces] must include willingness to meet the basic requirements of the individual. With respect to additional items, to take one example, say, health care services, a province may decide that it will provide those services to individuals in need. The province makes the decision and the federal government shares. There is that range of choice

lui-même prévoit que les besoins fondamentaux des bénéficiaires, y compris la nourriture, le vêtement, le logement, le combustible, les services d'utilité publique, les fournitures ménagères et les services répondant aux besoins personnels, doivent être satisfaits par la mise en œuvre de ce régime. Les provinces doivent, aux termes de l'accord à signer, accepter de répondre aux besoins fondamentaux des particuliers, et leur fournir l'aide qui s'impose pour satisfaire à ces besoins. Voilà la norme.

Il a ajouté (à la p. 7229):

Sauf erreur, l'assistance signifie l'aide accordée aux personnes qui ont besoin des services suivants énumérés dans le sous-alinéa (i) de l'alinéa a) de l'article 2, soit la nourriture, le logement, le vêtement, le combustible, les services d'utilité publique, les fournitures ménagères et les services répondant aux besoins personnels. D'un certain point de vue, il s'agit des besoins fondamentaux qui doivent être partagés en vertu de ce régime, et nous espérons que l'accord conclu avec les provinces imposera l'obligation de fournir les services répondant à ces besoins fondamentaux, y compris les besoins personnels.

Plus tard encore au cours du débat, le Ministre a fait une distinction entre les deux catégories d'allocations envisagées par le RAPC, l'une revêtant un caractère obligatoire, l'autre étant de nature facultative (à la p. 7411).

Je crains que je ne me fasse pas assez comprendre. Nous demanderons un accord prévoyant, entre autres choses, les nécessités fondamentales des individus—la nourriture, le vêtement, le logement, le combustible, les services publics, les articles ménagers et les besoins personnels. Mais la valeur individuelle ou globale de ces éléments dépend des provinces. Nous partagerons toutes les dépenses. Bien entendu, il y a l'autre gamme de services dont nous partagerons également les frais: les articles qui se rapportent à l'exercice d'un métier, aux soins dispensés dans un établissement spécial, aux voyages et aux transports, aux soins médicaux, et le reste.

Les provinces doivent exprimer leur volonté de répondre aux besoins fondamentaux de l'individu comme une des conditions à l'accord. Quant aux suppléments, les services de soins sanitaires, par exemple, une province peut décider de fournir ces services aux personnes nécessiteuses. La province décide et le gouvernement fédéral contribue. Les services facultatifs por-

on items like travel and transportation, funerals and burials, and health care services, but the province undertakes to meet the basic requirements.

The debates in the House also show that one of the main purposes of CAP was to move from a "means test", which had been used in three of the four separate programs which CAP replaced, to a "needs test". This distinction was described by the Minister as follows (at p. 6408):

The needs test considers the actual requirements of individuals and families, as well as their resources, in determining the amount of assistance to be provided. This is in contrast to the means test which relates assistance to income and assets.

Parliament's concern with a needs test supports the conclusion that the point of s. 6(2)(b) was to incorporate the needs test into CAP by referring to budgetary requirements and income and resources, as opposed to a simple reference to income and resources. So the debates indicate that s. 6(2)(a) sets the minimum level of assistance, while s. 6(2)(b) provides that eligibility for that assistance shall be determined by a needs test.

4. *The Adequacy Principle*

An interpretation which ensures that at least the basic requirements of the person in need are satisfied complies with the principle that a court, faced with general language or contending interpretations arising from ambiguity in statutory language, should adopt an interpretation which best assures adequacy of assistance. This principle has been applied in a number of social welfare cases. In *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2, at p. 10, this Court stated:

Since the overall purpose of the Act is to make benefits available to the unemployed, I would favour a liberal interpretation of the re-entitlement provisions. I think any doubt arising from the difficulties of the language

tent sur les voyages, le transport, les funérailles, la sépulture et les services de soins sanitaires, mais la province s'engage à répondre aux besoins fondamentaux.

Il ressort en outre des débats de la Chambre des communes que l'un des principaux objets du RAPC était de substituer une «évaluation des besoins» à l'«évaluation des ressources» à laquelle on avait eu recours dans trois des quatre programmes distincts que venait remplacer le RAPC. Cette distinction a été expliquée ainsi par le Ministre (à la p. 6408):

L'évaluation des besoins tiendra compte des nécessités essentielles des particuliers et des familles, aussi bien que de leurs ressources, pour déterminer le montant de l'assistance nécessaire. Cette formule est à l'opposé de l'évaluation des ressources qui fait dépendre l'assistance des revenus et des biens.

La préoccupation du Parlement relative à une évaluation des besoins appuie la conclusion que l'al. 6(2)b) visait à incorporer l'évaluation des besoins dans le RAPC en mentionnant les besoins matériels et les revenus et ressources plutôt que simplement les revenus et ressources. Il se dégage donc des débats que l'al. 6(2)a) fixe le niveau minimum d'assistance publique tandis que l'al. 6(2)b) prévoit le recours à une évaluation des besoins pour déterminer qui a droit à cette assistance.

4. *Le principe du caractère adéquat*

Une interprétation qui garantit que seront satisfaits au moins les besoins fondamentaux des personnes nécessiteuses est conforme au principe selon lequel un tribunal, face à des termes généraux ou à des interprétations contradictoires résultant d'ambiguïtés dans un texte législatif, doit adopter l'interprétation la plus propre à assurer une assistance publique convenable. Il s'agit là d'un principe qui a été appliqué dans un certain nombre d'affaires en matière de bien-être social. Dans l'arrêt *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2, notre Cour affirme, à la p. 10:

Puisque le but général de la Loi est de procurer des prestations aux chômeurs, je préfère opter pour une interprétation libérale des dispositions relatives à la réadmissibilité aux prestations. Je crois que tout doute découlant de

should be resolved in favour of the claimant. [Emphasis added.]

This principle was applied in *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at pp. 535, 559.

In *Kerr v. Metropolitan Toronto (Department of Social Services, General Manager)* (1991), 4 O.R. (3d) 430, the Ontario Court (General Division), Divisional Court, said, at p. 445:

The price of ambiguity in a social welfare statute is that the ambiguity will be resolved in favour of the applicant.

In the United States, courts have adopted the same principle in dealing with the *Social Security Act*. In *Damon v. Secretary of Health, Education and Welfare*, 557 F.2d 31 (2d Cir. 1977), at p. 33, Oakes J. noted:

This court has repeatedly held that "the Social Security Act is a remedial statute, to be broadly construed and liberally applied," *Haberman v. Finch*, 418 F.2d 664, 667 (2d Cir. 1969), "in consonance with its . . . humanitarian aims," *Eisenhauer v. Mathews*, 535 F.2d 681, 686 (2d Cir. 1976). See, e.g. *Rosenberg v. Richardson*, 538 F.2d 487, 490 (2d Cir. 1976), and authorities cited therein . . . In practical terms the principles mean that, when a Social Security Act provision can reasonably be construed in favor of the one seeking benefits, it should be so construed.

And in *Brown v. Bates*, 363 F. Supp. 897 (N.D. Ohio 1973), at pp. 902-3, it was said:

The Court does not believe Congress chose by enactment of the Work-Study Program to draw the cycle of poverty tighter, but rather was attempting to break its bonds upon untrained poor. The Court will not allow the defendants to defeat this beneficent purpose by their own interpretation of the law, especially when that interpretation, however faithful it may be to the letter of the law, totally defeats the spirit of the law, and serves only a sterile administrative purpose.

In the case at bar, the interpretation best in accord with the spirit of CAP is that federal assistance is predicated upon a province providing at

l'ambiguïté des textes doit se résoudre en faveur du prestataire. [Je souligne.]

Ce principe a été appliqué dans l'arrêt *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, aux pp. 535 et 559.

Dans l'affaire *Kerr c. Metropolitan Toronto (Department of Social Services, General Manager)* (1991), 4 O.R. (3d) 430, la Cour divisionnaire de la Cour de l'Ontario (Division générale) affirme, à la p. 445:

[TRADUCTION] Le prix à payer pour une ambiguïté dans une loi en matière de bien-être social est que cette ambiguïté sera résolue en faveur du requérant.

Aux États-Unis, les tribunaux ont adopté le même principe à l'égard de la *Social Security Act*. Dans l'affaire *Damon c. Secretary of Health, Education and Welfare*, 557 F.2d 31 (2d Cir. 1977), à la p. 33, le juge Oakes fait remarquer:

[TRADUCTION] Notre cour a statué à maintes reprises que «la Social Security Act est une loi réparatrice qu'il faut interpréter d'une façon large et appliquer de manière libérale», *Haberman c. Finch*, 418 F.2d 664, 667 (2d Cir. 1969), «en conformité avec ses [. . .] objets humanitaires», *Eisenhauer c. Mathews*, 535 F.2d 681, 686 (2d Cir. 1976). Voir, par. ex., *Rosenberg c. Richardson*, 538 F.2d 487, 490 (2d Cir. 1976), et la jurisprudence y citée [. . .] Dans la pratique, les principes signifient que chaque fois qu'une disposition de la Social Security Act peut raisonnablement s'interpréter en faveur de la personne qui demande des allocations, elle devrait être interprétée ainsi.

Et dans l'affaire *Brown c. Bates*, 363 F. Supp. 897 (N.D. Ohio 1973), aux pp. 902 et 903, on affirme:

[TRADUCTION] D'après la cour, en mettant sur pied le programme travail-études, le Congrès n'a pas choisi de resserrer l'étreinte de la pauvreté, mais a plutôt tenté d'en dégager les gens pauvres sans formation. La cour ne permettra pas que les défendeurs contrecarrent ce but salutaire par leur propre interprétation de la loi surtout lorsque cette interprétation, si fidèle soit-elle à la lettre de la loi, va complètement à l'encontre de son esprit et ne répond qu'à une fin administrative stérile.

En l'espèce, l'interprétation qui s'accorde le mieux avec l'esprit du RAPC est celle voulant que l'aide fédérale tienne à ce que la province pourvoie

least for the basic necessities of those in need. Only that interpretation can ensure the “adequate assistance” to persons in need and the “prevention and removal of the causes of poverty and dependence on public assistance” referred to in CAP’s preamble.

(b) Do the Deductions for Overpayment Violate the Minimum Requirements of CAP for Federal Contribution?

I have determined that it is a condition of federal funding under CAP that the provincial social assistance scheme provide to persons in need basic necessities, defined as “food, shelter, clothing, fuel, utilities, household supplies and personal requirements”. The question is whether the deductions permitted by the Manitoba plan for overpayment violate this requirement.

While the province must provide “basic requirements”, the level of assistance necessary to satisfy that requirement is fixed by the provinces under CAP. The Manitoba allowance for basic necessities includes food, clothing, personal needs, household supplies, shelter, utilities and fuel. This list corresponds exactly to the “basic requirements” in CAP. Any deduction from the amount allotted to provide for these items would therefore result in payments below the minimum level specified by CAP. In addition to the foregoing items, which would be routinely provided, the Manitoba allowance provides for food and shelter away from home, “special needs” (essential employment expenses, or a discretionary amount granted by the Minister), a housekeeper during illness, health care, funerals and care of children in special circumstances. While these items go beyond the “basic requirements” set out in CAP, and fall within the broader scope of “budgetary requirements”, it is clear that they would be provided only in unusual circumstances and that none of them would enhance the spending position of the recipi-

à tout le moins aux besoins fondamentaux des nécessiteux. C’est la seule interprétation qui puisse assurer l’instauration de «mesures convenables d’assistance publique» pour les personnes nécessiteuses, de même que la «prévention et l’élimination des causes de pauvreté et de dépendance de l’assistance publique», dont il est question dans le préambule du RAPC.

b) Les retenues au titre des paiements en trop violent-elles les conditions minimales du RAPC pour qu’il y ait contribution fédérale?

J’ai statué qu’il faut, comme condition du financement fédéral en vertu du RAPC, que le régime provincial d’aide sociale pourvoie aux besoins fondamentaux des personnes nécessiteuses, qui sont définis comme étant «la nourriture, le logement, le vêtement, le combustible, les services d’utilité publique, les fournitures ménagères et les services répondant aux besoins personnels». Il s’agit de déterminer si les retenues autorisées par le régime manitobain au titre des paiements en trop violent cette condition.

Bien que la province soit tenue de pourvoir aux «besoins fondamentaux», ce sont les provinces qui, aux termes du RAPC, fixent le niveau d’assistance publique requis pour satisfaire à cette exigence. Au Manitoba, l’allocation pour besoins fondamentaux comprend la nourriture, le vêtement, les services répondant aux besoins personnels, les fournitures ménagères, le logement, les services d’utilité publique et le combustible. Cette liste correspond exactement aux «besoins fondamentaux» énumérés dans le RAPC. La retenue d’une somme quelconque sur l’allocation destinée à pourvoir à ces besoins entraînerait donc des paiements inférieurs au niveau minimal prescrit par le RAPC. Outre les services susmentionnés qui seraient fournis systématiquement, l’allocation manitobaine défraie la nourriture et le logement à l’extérieur du domicile, les «besoins spéciaux» (les dépenses essentielles reliées à un emploi, ou une somme discrétionnaire accordée par le Ministre), les services d’aide ménagère qui sont nécessaires pendant une période de maladie, les soins de santé, les services funéraires et la garde d’enfants dans des circons-

ent, since they are all destined to reimburse third parties.

If recipients of social assistance in Manitoba never personally receive more than their basic requirements, it follows that any deduction will necessarily deprive them of a portion of their basic requirements, unless they have some other source of funds, such as a bank account or permitted earnings. Mr. Finlay, on the evidence, had neither, with the result that the deductions deprived him of the basic necessities of life.

This is the practical effect of the deductions recorded in the evidence. However, it is suggested that the SAA, as amended, is not itself in violation of CAP because it permits deductions only where they will not cause "undue hardship": s. 20(3). It is suggested, and was accepted by the trial judge, that since deductions beyond the basic necessities of life would always constitute "undue hardship", there is no conflict between the SAA and CAP. Alternatively, one might argue that the determination of "undue hardship" on a case-by-case basis, properly done, would seldom if ever violate the obligation to meet basic requirements which the province accepts under CAP.

Thus the SAA, properly applied, is not inconsistent with CAP's requirement that the province provide for the basic requirements of persons in need. However, since the evidence demonstrates that at the time of trial some 11 percent or 5,000 Manitoba recipients of aid were suffering deductions beyond their basic requirements, we must then

tances spéciales. Même si ces services vont au-delà des «besoins fondamentaux» énoncés dans le RAPC et relèvent du domaine plus large des «besoins matériels», il est évident qu'ils ne seraient fournis que dans des circonstances exceptionnelles et qu'ils n'entraîneraient aucune augmentation du pouvoir d'achat du bénéficiaire puisqu'il s'agit dans chaque cas de paiements destinés à rembourser des tierces parties.

Si les assistés sociaux du Manitoba ne touchent jamais personnellement davantage que le montant correspondant à leurs besoins fondamentaux, il s'ensuit que toute retenue sur ce montant les privera nécessairement d'une partie de ce qu'il leur faut pour subvenir à ces besoins, à moins qu'ils ne disposent d'une autre source de fonds, comme un compte bancaire ou un salaire autorisé. D'après la preuve, M. Finlay n'avait ni l'un ni l'autre, si bien que les retenues l'empêchaient de subvenir à ses besoins essentiels.

Tel est l'effet pratique des retenues mentionnées dans la preuve. On laisse entendre cependant que la *Loi sur l'aide sociale*, telle que modifiée, ne va pas elle-même à l'encontre du RAPC puisqu'elle n'autorise les retenues que dans la mesure où elles ne causeront pas de «préjudice injustifié» (par. 20(3)). On affirme, ce qui a été accepté par le juge de première instance, que, puisque les retenues qui rendent les allocations insuffisantes pour répondre aux besoins essentiels constitueraient toujours un «préjudice injustifié», la *Loi sur l'aide sociale* et le RAPC ne sont nullement contradictoires. Subsidiairement, on pourrait soutenir que la détermination cas par cas de l'existence d'un «préjudice injustifié», à la condition d'être faite correctement, ne constituerait que rarement, voire jamais, un manquement à l'obligation de subvenir aux besoins fondamentaux que la province a assumée aux termes du RAPC.

Donc, appliquée correctement, la *Loi sur l'aide sociale* n'est pas incompatible avec l'exigence du RAPC que la province pourvoie aux besoins fondamentaux des personnes nécessiteuses. Toutefois, vu qu'il ressort de la preuve qu'au moment du procès environ 11 pour 100 des assistés sociaux du Manitoba, soit quelque 5 000 personnes, faisaient

conclude that the policy of the government violates its own Act and its own agreement with the federal government under CAP, by which it undertakes, as a condition of contribution, to provide the basic requirements of persons in need.

It is argued that this result makes the provisions for recovery of overpayments in the CAP regulations and the SAA redundant. That is not the case. Repayment may be claimed from all sources, other than the basic amount which the person in need requires to live. This includes bank accounts and other assets, as well as earnings which the recipient may be allowed to retain under the scheme. In a case such as that of Mr. Finlay, who has no assets and no other income, this may render recovery of overpayments impossible. But in other cases, it may well be possible to recover overpayments. For example, in the case of a person who has received an overpayment through error or as a result of his fraud, the monies received or the assets they purchased might be available. The same would apply if the recipient has savings or earnings from other sources.

Two other arguments must be briefly addressed. Some of the provincial interveners argued that it was inappropriate to assess the adequacy of provision for social service by reference to a single month in isolation. It was argued that, viewed in a long enough time span, the recovery process merely takes back from a recipient of assistance the exact amount of the excess in payments received.

There are several reasons why this contention should not prevail. The long-term accounting approach overlooks the human reality of persons in

l'objet de retenues rendant les allocations insuffisantes pour répondre à leurs besoins fondamentaux, nous devons alors conclure que la politique du gouvernement du Manitoba viole sa propre loi ainsi que l'accord qu'il a conclu avec le gouvernement fédéral en vertu du RAPC, dans lequel le gouvernement provincial s'engage, comme condition de l'obtention d'une contribution, à subvenir aux besoins fondamentaux des personnes nécessiteuses.

On prétend que ce résultat a pour effet de rendre redondantes les dispositions du règlement du RAPC et de la *Loi sur l'aide sociale* relatives au recouvrement des sommes versées en trop. Il n'en est rien. Le remboursement peut se faire à partir de toutes les sources à l'exception du montant de base dont la personne nécessiteuse a besoin pour vivre. Parmi ces sources figurent les comptes bancaires et d'autres éléments d'actif ainsi que le salaire que le bénéficiaire peut être autorisé à garder aux termes du régime. Dans un cas comme celui de M. Finlay, qui n'a aucun actif ni aucun autre revenu, cela peut rendre impossible le recouvrement des sommes versées en trop. Mais dans d'autres cas, il peut bien être possible de recouvrer les sommes versées en trop. Par exemple, dans le cas d'une personne qui a reçu un paiement en trop en raison d'une erreur ou par suite de sa propre fraude, les sommes qu'elle a touchées ou les biens achetés au moyen de ces sommes pourraient servir au remboursement. Il en serait de même si le bénéficiaire avait des économies ou s'il tirait un revenu d'autres sources.

Il y a lieu d'aborder brièvement deux autres arguments. Certains intervenants provinciaux ont fait valoir qu'il ne convenait pas d'apprécier en fonction d'un seul mois, pris isolément, le caractère suffisant d'allocations d'aide sociale. On a prétendu que, si on le considère sur une période suffisamment longue, le processus de recouvrement n'a pour effet que de reprendre au bénéficiaire de l'aide le montant exact des paiements qu'il a reçus en trop.

Il y a plusieurs raisons de rejeter cet argument. La méthode comptable fondée sur une longue échéance ne tient pas compte de la réalité qu'af-

need. They have no savings, no reserves. To deny them their monthly allocation for basic needs is in fact to deny them their food, shelter and other basic necessities, an approach directly at odds with the philosophy behind CAP. It is, moreover, a fallacy that the overpayment was available for basic living requirements, the assumption on which the long-term accounting argument rests. A final reason for rejecting the long-term accounting approach is that it is only fair that the government of Manitoba, having chosen to calculate social service payments on a monthly basis, should be held to the same monthly basis in recapturing overpayments.

The other submission which should be addressed is the argument of some of the provincial interveners that it would be illogical to forbid a province from recovering overpayments when it could achieve the same effect by simply lowering its assessment of basic requirements in the province by 50 percent or any other proportion of the current level.

The first problem with this argument is the assumption that the provinces can arbitrarily lower the social assistance rates and still claim CAP contributions from the federal government. If we accept, as I have, the proposition that federal contributions are contingent on the province supplying "basic requirements" of food, shelter and other basic necessities, then a province cannot reduce the payments below this amount and claim under the scheme. Under CAP it is the province that fixes the scheme, but it must do so in accordance with the basic requirements of the scheme if it wishes to claim contribution from the federal government. The second difficulty with this argument is the problem of inferring from a general right of reduction across the board (assuming one exists) that

frontent les personnes nécessiteuses. Celles-ci n'ont ni économies ni fonds de réserve. Les priver de l'allocation mensuelle qu'ils touchent pour combler leurs besoins fondamentaux revient en fait à les priver de nourriture, de logement et d'autres choses répondant à des besoins essentiels, ce qui va directement à l'encontre de la philosophie du RAPC. De plus, il est faux que le paiement en trop pouvait être affecté aux besoins fondamentaux en matière de subsistance, ce qui représente l'hypothèse sur laquelle repose l'argument de la méthode comptable fondée sur une longue échéance. La dernière raison de rejeter la méthode comptable fondée sur une longue échéance est qu'il n'est que juste que, puisque le gouvernement du Manitoba a choisi de calculer les allocations d'aide sociale sur une base mensuelle, celui-ci soit tenu de recourir à la même méthode de calcul pour recouvrer les sommes versées en trop.

L'autre argument qui devrait être abordé est celui, avancé par certains intervenants provinciaux, selon lequel il serait illogique d'interdire à une province de recouvrer les paiements en trop puisqu'elle pourrait arriver au même résultat en réduisant simplement de moitié, ou d'un autre pourcentage, son évaluation des besoins fondamentaux par rapport au niveau actuel.

La première difficulté que soulève cet argument est qu'il suppose que les provinces peuvent arbitrairement abaisser les taux d'aide sociale tout en continuant de réclamer du gouvernement fédéral des contributions en vertu du RAPC. Si l'on accepte, comme je l'ai fait, qu'une province ne peut obtenir des contributions fédérales que si elle pourvoit aux «besoins fondamentaux» que sont la nourriture, le logement et d'autres nécessités de la vie, alors cette province ne saurait allouer moins que la somme y correspondant et réclamer des contributions en vertu du régime. Aux termes du RAPC, c'est la province qui détermine les modalités de l'aide sociale, mais elle doit le faire conformément aux exigences fondamentales du régime, si elle veut réclamer la contribution du gouvernement fédéral. Le second problème que pose cet argument tient à la difficulté à déduire de l'existence d'un droit général de réduction de toutes les

there is a right to reduce the allotment of a particular recipient, without touching the others.

I conclude that the deductions for overpayment made by Manitoba in cases such as this reduce the amount of assistance below the federally prescribed minimum.

2. *Whether CAP Permits Rates for Social Assistance to be Set by the Municipalities*

At the time of the trial, Manitoba had a two-tier system of welfare. One tier is administered by the province. Here the province sets the rates. The other tier is administered by the municipalities. There, they set their rates. There is a wide differential between the rates set by the municipalities. Only one, the City of Brandon, establishes rates for basic necessities as high as the province.

The issue is not whether different rates may be justified for different areas of the province. Living expenses can vary from place to place. The issue is the narrower one of whether CAP requires the rates to be set by the provincial authority, or whether they can be set by municipal authorities without any input or requirement for approval by the provincial authority.

The language of CAP supports the view that it is the provincial authority which must determine the rates. Section 2 provides for a needs test for a "person in need" "established by provincial authority". That term is in turn defined as "the provincial Minister or other official or body specified by the province" in the relevant agreement. The 1967 Manitoba agreement follows this lead, stating that "[t]he Minister of Welfare is the provincial Minister charged with the administration of the provincial law."

allocations (à supposer qu'il y en ait un) l'existence d'un droit de réduire celles d'un bénéficiaire en particulier, sans toucher aux autres.

^a Je conclus que les retenues au titre des paiements en trop effectuées par le Manitoba dans des cas comme celui qui nous occupe ont pour effet de ramener le montant de l'assistance publique à un niveau inférieur au minimum prescrit par le gouvernement fédéral.

2. *Le RAPC permet-il que les taux d'aide sociale soient fixés par les municipalités?*

^c Au moment du procès, le Manitoba était doté d'un régime d'assistance publique à deux paliers. Un palier est administré par la province et, à ce palier, c'est la province qui fixe les taux. L'autre palier est administré par les municipalités, qui fixent leurs propres taux. Il existe un large écart entre les taux établis par les municipalités. Seule la ville de Brandon fixe pour les besoins fondamentaux un taux aussi élevé que celui de la province.

^d Il ne s'agit pas de savoir si des taux différents peuvent se justifier dans différentes régions de la province, car il se peut bien que les frais de subsistance varient d'un endroit à l'autre. La question est de portée plus limitée et consiste à déterminer si le RAPC exige que les taux soient fixés par l'autorité provinciale ou s'ils peuvent l'être par les autorités municipales, sans que l'autorité provinciale prenne part au processus ou qu'elle ait à donner son approbation.

^e Le texte du RAPC appuie le point de vue selon lequel c'est l'autorité provinciale qui doit fixer les taux. L'article 2 prévoit en effet, dans le cas d'une «personne nécessiteuse», une vérification des besoins «par l'autorité provinciale», laquelle expression est définie comme désignant «[l]e ministre provincial ou une autorité ou un organisme autre spécifié par la province» dans l'accord applicable. L'accord de 1967 conclu avec le Manitoba va dans le même sens puisqu'on y lit que [TRADUCTION] «[l]e ministre du Bien-être social est le ministre provincial chargé de l'application de la loi provinciale».

However, CAP does not require that the dollar rate for assistance be set by the province. Provided that the province establishes the test for a “person in need”, the application of that test may be left to its delegates, the municipalities. Manitoba has established the test; s. 450(1) of the *Municipal Act* defines a “person in need” and that person’s “basic necessities”. “Basic necessities” covers the same items as “basic requirements” in CAP. Each municipality is required to provide in a by-law for persons in need and for the provision of “basic necessities”. The trial judge found there was no evidence that the municipalities were not using a proper needs test, and that there was an adequate provision for appealing municipal decisions which might violate the provincial standard. In short, both the letter and the substance of CAP’s requirements for fixing rates of social assistance were complied with.

I conclude that the policy of Manitoba of allowing rates to be set by municipalities without the requirement of approval by the provincial authority does not violate CAP.

3. Remedy

I agree with the Court of Appeal below that a blanket injunction against federal contributions to the cost of social assistance in Manitoba until the province complies with the minimum requirements of CAP is draconian and undesirable. It would cut off aid for a great many salutary programs, including child welfare, and has not been shown to be required to correct the problems which give rise to these proceedings. As MacGuigan J.A. put it below, at p. 816:

Such a consequence would . . . be totally out of proportion to the mischief sought to be remedied by the respondent. Moreover declarations are invariably honoured by governments and I see no necessity for other relief.

Le RAPC n’exige cependant pas que ce soit la province qui fixe le montant de l’assistance publique. En effet, pourvu qu’elle vérifie qui est une «personne nécessiteuse», la province peut laisser à ses déléguées, les municipalités, le soin d’appliquer ce critère. C’est le Manitoba qui effectue cette vérification: le par. 450(1) de la *Loi sur les municipalités* définit la «personne nécessiteuse» et ses «besoins essentiels». Les «besoins essentiels» correspondent exactement aux «besoins fondamentaux» dont il est question dans le RAPC. Chaque municipalité est tenue de venir en aide, par voie de règlement, aux personnes nécessiteuses et de subvenir à leurs «besoins essentiels». Le juge de première instance a conclu qu’il n’y avait aucune preuve que les municipalités ne procédaient pas à une vérification appropriée des besoins, et qu’on avait suffisamment prévu un mécanisme d’appel des décisions municipales qui pourraient violer la norme provinciale. Bref, on a respecté, à la lettre et pour l’essentiel, les exigences du RAPC en matière de fixation des taux d’aide sociale.

Je conclus que la politique du Manitoba consistant à permettre aux municipalités de fixer les taux sans qu’elles ne soient obligées d’obtenir l’approbation de l’autorité provinciale ne contrevient pas au RAPC.

3. La réparation

Je partage l’avis de la Cour d’appel fédérale qu’une interdiction générale des contributions fédérales aux frais de l’aide sociale au Manitoba jusqu’à ce que cette province se conforme aux exigences minimales du RAPC serait à la fois draconienne et peu souhaitable. Une telle mesure priverait d’aide un grand nombre de programmes salutaires, dont la protection de l’enfance, et il n’a pas été démontré qu’elle s’impose pour régler les problèmes à l’origine de la présente instance. Comme l’a dit le juge MacGuigan de Cour d’appel fédérale (à la p. 816):

. . . une telle conséquence serait tout à fait hors de proportion compte tenu de la situation à laquelle l’intimé voudrait que l’on remédie. De plus, comme les gouvernements respectent invariablement les jugements déclaratoires, je ne vois pas l’utilité d’accorder un autre redressement.

I share MacGuigan J.A.'s confidence that the province will move to bring its program into conformity with the requirements of CAP. Indeed, not to do so would put it at risk of losing all federal contribution, which is conditional on the provincial plan being in conformity with the conditions of CAP: s. 7.

The appropriate remedy is a declaration that the Manitoba scheme fails to comply with the conditions of federal contribution established by CAP in so far as it permits deductions which reduce levels below "basic requirements". If further relief should be required, I would grant liberty to apply.

4. Costs

Like the Court of Appeal, I am not satisfied that the overpayments to the respondent were caused by his deliberate actions. Moreover, he was recognized by the courts as having standing as a public interest plaintiff. I would confirm the decision of the Court of Appeal that he should have costs on a solicitor-client basis, one-half to be paid by the appellants, the other half by the Attorney General of Manitoba.

Disposition

I would dismiss the appeal, and grant a declaration that the plan of the Province of Manitoba fails to comply with CAP in so far as it permits deductions which reduce levels below "basic requirements". The respondent shall have his costs throughout on a solicitor-client basis. Should any further relief be required, there is liberty to apply.

The judgment of Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

SOPINKA J.—I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice McLachlin in this appeal. She concludes that the Province of Manitoba is in breach of the terms of the *Canada*

À l'instar du juge MacGuigan, je suis confiante que la province prendra des mesures en vue d'assurer la conformité de son programme avec les exigences du RAPC. En fait, si elle ne le faisait pas, elle courrait le risque de perdre toute contribution fédérale, laquelle est assujettie à la condition que le régime provincial respecte les exigences du RAPC: art. 7.

La réparation convenable est un jugement déclarant que le régime manitobain ne respecte pas les conditions, établies par le RAPC, pour qu'il y ait contribution fédérale, dans la mesure où il autorise des retenues qui font tomber les niveaux d'assistance publique au-dessous du seuil des «besoins fondamentaux». Dans l'hypothèse où une autre réparation serait nécessaire, je donnerais l'autorisation d'en faire la demande.

4. Les dépens

À l'instar de la Cour d'appel, je ne suis pas convaincue que les paiements en trop reçus par l'intimé ont résulté des actes délibérés de ce dernier. De plus, les tribunaux lui ont reconnu la qualité pour agir en tant qu'auteur d'une demande d'intérêt public. Je suis d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel d'accorder à l'intimé ses dépens sur la base avocat-client, dont la moitié devra être acquittée par les appelants, et l'autre moitié, par le procureur général du Manitoba.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de rendre un jugement déclarant que le régime manitobain ne respecte pas le RAPC dans la mesure où il autorise des retenues qui font tomber les niveaux d'assistance publique au-dessous du seuil des «besoins fondamentaux». L'intimé a droit à ses dépens dans toutes les cours sur la base avocat-client. Une autre réparation pourra être demandée, si nécessaire.

Version française du jugement des juges Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA—J'ai pris connaissance des motifs rédigés, en l'espèce, par ma collègue le juge McLachlin. Elle conclut que la province du Manitoba manque aux exigences du *Régime d'assis-*

Assistance Plan, R.S.C., 1985, c. C-1 (formerly R.S.C. 1970, c. C-1) ("CAP") by allowing deductions for overpayments such that an individual's allowance for a given month falls below "basic requirements". With respect, I am unable to agree with this conclusion. I will also deal with the alleged breach by the Province of Manitoba of CAP in permitting municipalities to establish the rates of social assistance. In respect of this issue, my colleague and I are in agreement as to the result.

Factual Background

The respondent, who suffers from permanent disabilities, is a recipient of a social allowance from the Government of Manitoba. Deductions from his assistance were made in order to permit recovery of three overpayments. The first overpayment, \$207.70, related to shared accommodations; the second, \$109.00, to excess moving costs; and the third, \$796.00, to a Provincial Employment Program ("PEP") grant which the respondent did not disclose. The resulting deductions ranged from \$6.00 to \$8.43 per month. The respondent brought several appeals, pursuant to the Manitoba *Social Allowances Act*, R.S.M. 1987, c. S160 (formerly R.S.M. 1970, c. S160) ("SAA"), from these deductions. An appeal with respect to the PEP grant overpayment reached the Manitoba Court of Appeal: *Re Finlay and Director of Welfare (Winnipeg South/West)* (1976), 71 D.L.R. (3d) 597. All of these appeals were dismissed. The decision of the Court of Appeal preceded the amendment to s. 20 of the SAA which added s. 20(3) authorizing the deduction of payments subject to undue hardship.

The respondent then commenced this action in 1982. His standing as a public interest litigant was confirmed by this Court: *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607. At trial Teitelbaum J. held that Manitoba's scheme for deductions for overpayments violated CAP, but that CAP did not prohibit municipal rate setting;

tance publique du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-1 (auparavant S.R.C. 1970, ch. C-1) («RAPC»), en autorisant, au titre des paiements en trop, des retenues qui rendent l'allocation d'une personne pour un mois donnée insuffisante pour combler ses «besoins fondamentaux». En toute déférence, je ne puis souscrire à cette conclusion. Je vais également examiner la violation du RAPC que la province du Manitoba aurait commise en permettant aux municipalités de fixer les taux d'aide sociale. Ma collègue et moi sommes d'accord sur le résultat en ce qui concerne cette question.

Historique

L'intimé, atteint d'une incapacité permanente, reçoit une allocation d'aide sociale du gouvernement du Manitoba. Cette allocation a fait l'objet de retenues visant à récupérer trois sommes versées en trop, dont la première, s'élevant à 207,70 \$, se rapportait à un logement partagé, la deuxième, de l'ordre de 109 \$, était pour des frais de déménagement excédentaires, et la troisième, soit 796 \$, résultait d'une subvention, versée dans le cadre d'un programme d'emploi provincial («PEP»), que l'intimé n'a pas déclarée. Les retenues effectuées en conséquence ont varié entre 6 \$ et 8,43 \$ par mois. L'intimé a interjeté plusieurs appels contre ces retenues, conformément à la *Loi sur l'aide sociale* du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. S160 (auparavant R.S.M. 1970, ch. S160). Un appel relatif au paiement en trop constitué par la subvention versée dans le cadre du PEP est parvenu devant la Cour d'appel du Manitoba: *Re Finlay and Director of Welfare (Winnipeg South/West)* (1976), 71 D.L.R. (3d) 597. Chacun de ces appels a été rejeté. La Cour d'appel a rendu son arrêt avant la modification de l'art. 20 de la *Loi sur l'aide sociale* qui a ajouté le par. 20(3) autorisant la retenue de montants dont la privation ne causera pas un préjudice injustifié.

L'intimé a ensuite intenté la présente action en 1982. Notre Cour a confirmé qu'il avait qualité pour agir dans l'intérêt public: *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607. En première instance, le juge Teitelbaum a statué que le régime manitobain prévoyant des retenues aux fins de recouvrer les paiements en trop violait le

(1989), 57 D.L.R. (4th) 211, 25 F.T.R. 45. The Federal Court of Appeal concluded that Manitoba was breaching CAP on both grounds: [1990] 2 F.C. 790, 71 D.L.R. (4th) 422, 115 N.R. 321.

The Scheme

The relevant provisions of CAP, the *Canada Assistance Plan Regulations*, the 1967 Agreement between the Government of Canada and the Province of Manitoba, the SAA, the *Social Allowances Regulation*, and *The Municipal Act* are set out in the reasons of McLachlin J.

Analysis

(1) *Do Deductions to Permit Recovery of Overpayments Violate CAP and the Agreement?*

In order to answer this question, it is first necessary to consider the nature and object of CAP and the scheme it establishes. As its full title states, CAP is “An Act to authorize the making of contributions by Canada toward the cost of programs for the provision of assistance and welfare services to and in respect of persons in need”. It is a spending statute. This is confirmed by reference to its preamble which, while recognizing that “the provision of adequate assistance to and in respect of persons in need and the prevention and removal of the causes of poverty and dependence on public assistance are the concern of all Canadians”, identifies Parliament’s specific aim in enacting this legislation—“the Parliament of Canada . . . is desirous of encouraging the further development and extension of assistance and welfare services programs throughout Canada by sharing more fully with the provinces in the cost thereof” (emphasis added). As McLachlin J. observes, the federal involvement is based entirely on its spending power. In my view, given the nature and objects of CAP the conditions attached to the federal government’s contribution are not designed to dictate the precise terms of the provincial legislation. Rather, the conditions are designed to promote legislation which achieves

RAPC, mais que le RAPC n’interdisait pas la fixation de taux par les municipalités: (1989), 57 D.L.R. (4th) 211, 25 F.T.R. 45. La Cour d’appel fédérale a conclu que le Manitoba violait le RAPC dans les deux cas: [1990] 2 C.F. 790, 71 D.L.R. (4th) 422, 115 N.R. 321.

Le régime

Les dispositions pertinentes du RAPC, du *Règlement du Régime d’assistance publique du Canada*, de l’accord de 1967 entre le gouvernement du Canada et la province du Manitoba, de la *Loi sur l’aide sociale*, du *Règlement sur l’aide sociale* et de la *Loi sur les municipalités* sont énoncées dans les motifs du juge McLachlin.

Analyse

(1) *Les retenues aux fins de recouvrer les paiements en trop violent-elles le RAPC et l’accord?*

Pour répondre à cette question, il faut d’abord examiner la nature et l’objet du RAPC et du régime qu’il établit. Comme le dit son titre complet, le RAPC est une «Loi autorisant le Canada à contribuer aux frais des régimes visant à fournir une assistance publique et des services de protection sociale aux personnes nécessiteuses et à leur égard». Il s’agit d’une loi qui autorise l’engagement de dépenses, ce que vient confirmer d’ailleurs son préambule qui, tout en reconnaissant que «l’instauration de mesures convenables d’assistance publique pour les personnes nécessiteuses et que la prévention et l’élimination des causes de pauvreté et de dépendance de l’assistance publique intéressent tous les Canadiens», énonce le but précis que visait le Parlement en adoptant cette loi: «le Parlement du Canada [. . .] désire encourager l’amélioration et l’élargissement des régimes d’assistance publique et des services de protection sociale dans tout le Canada en partageant dans une plus large mesure avec les provinces les frais de ces programmes» (je souligne). Comme le fait remarquer le juge McLachlin, la participation du gouvernement fédéral repose entièrement sur son pouvoir de dépenser. À mon avis, compte tenu de la nature et des objets du RAPC, les conditions

substantial compliance with the objectives of CAP. It is from this perspective that the interpretation of this Act, including the terms set out in s. 6, should be approached. Ambiguities in the legislation should be resolved in so far as is possible on the basis of the interpretation which respects the overall purpose and objective of CAP.

A brief overview of the scheme established by CAP is as follows. Section 4 authorizes the Government of Canada to enter into agreements with the provincial governments to pay them contributions toward their expenditures on social assistance and welfare. Section 6 specifies terms that must be included in such agreements. Of particular relevance to this appeal are the terms provided for in ss. 6(2)(a) and 6(2)(b). According to s. 7, all federal contributions are subject to these conditions and to observance of the undertakings contained in an agreement. Section 5 authorizes payments to the provinces. Broadly speaking it authorizes contributions amounting to half of a province's eligible expenditures.

What then is required of a province by virtue of the undertakings it must make in accordance with ss. 6(2)(a) and 6(2)(b)? For the sake of convenience, I reproduce those provisions:

6. ...

(2) An agreement shall provide that the province

(a) will provide financial aid or other assistance to or in respect of any person in the province who is a person in need described in paragraph (a) of the definition "person in need" in section 2, in an amount or manner that takes into account the basic requirements of that person;

(b) will, in determining whether a person is a person described in paragraph (a) and the assistance to be provided to that person, take into account the budget-

dont est assortie la contribution du gouvernement fédéral ne visent pas à dicter les termes précis de la législation provinciale. Au contraire, ces conditions visent à promouvoir les mesures législatives qui permettent de respecter, pour l'essentiel, les objectifs du RAPC. C'est sous cet angle qu'il y a lieu d'aborder l'interprétation de cette loi et notamment les conditions énoncées à son art. 6. Toute ambiguïté dans le texte législatif devrait, autant que possible, être dissipée au moyen de l'interprétation qui respecte l'objectif global du RAPC.

Voici un bref aperçu du régime établi par le RAPC. L'article 4 permet au gouvernement du Canada de conclure avec les gouvernements provinciaux des accords prévoyant des contributions fédérales aux dépenses engagées par les provinces au titre de l'aide et de la protection sociales. L'article 6 énonce les conditions à inclure dans ces accords. Les conditions prévues aux al. 6(2)a) et 6(2)b) sont particulièrement pertinentes en l'espèce. Suivant l'art. 7, toutes les contributions fédérales sont assujetties à ces conditions et à l'observation des engagements contenus dans un accord. L'article 5 autorise les paiements aux provinces. En gros, les contributions ainsi autorisées représentent la moitié des dépenses admissibles d'une province.

À quoi donc une province est-elle tenue en vertu des engagements qu'elle doit prendre conformément aux al. 6(2)a) et 6(2)b)? Pour des motifs de commodité, je reproduis ces dispositions:

6. ...

(2) Un accord doit prévoir que la province:

a) fournira l'aide financière ou une autre forme d'assistance publique à toute personne de la province qui est une personne nécessiteuse visée à l'alinéa a) de la définition de «personne nécessiteuse» à l'article 2, ou à l'égard d'une telle personne, dans une mesure ou d'une manière compatibles avec ses besoins fondamentaux;

b) tiendra compte, en décidant si une personne est visée par l'alinéa a) et en déterminant l'assistance publique à fournir à cette personne, de ses besoins

ary requirements of that person and the income and resources available to that person to meet those requirements;

These provisions are reflected in clauses 2(a) and 2(b)(ii) of the 1967 Canada-Manitoba Agreement. In interpreting these provisions, we must seek to give meaning to both of them in a manner that is consistent with the overall purpose of the statute. The words must be read in their context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme and object of the Act. The key phrase “take(s) into account” appears in the English version of both subsections; however the context makes it clear that these words may bear different meanings in each. The focus of the two provisions is different. Section 6(2)(a) is concerned solely with the level of assistance to be provided and emphasizes the primacy of an individual’s “basic requirements” in establishing that amount. Section 6(2)(b) identifies factors that are relevant not only in setting the level of assistance, but also in determining who is a “person in need”. It requires the province to “take into account” an individual’s budgetary requirements, income and available resources in making those determinations. That different meanings may be attributable to “take(s) into account” in the two subsections is supported by reference to the French text. Section 6(2)(a) requires a province to provide assistance “dans une mesure ou d’une manière compatibles avec ses besoins fondamentaux” (emphasis added). The language of s. 6(2)(b), by contrast, requires that the province “tiendra compte . . . de ses besoins matériels et des revenus et ressources . . .” (emphasis added).

In my view s. 6(2)(a) requires assistance to be provided in an amount that is compatible, or consistent, with an individual’s basic requirements. It thus requires something more than mere “consideration” of an individual’s basic requirements. If that were all that were required, a province could provide almost any amount of assistance, including an amount far less than that which would be compati-

matériels et des revenus et ressources dont elle dispose pour les satisfaire;

Ces dispositions se reflètent aux clauses 2a) et 2b)(ii) de l’accord de 1967 intervenu entre le Canada et le Manitoba. En interprétant ces dispositions, nous devons chercher à leur donner à toutes les deux un sens qui soit compatible avec l’objectif global de la Loi. Les termes doivent être interprétés en fonction de leur contexte et selon leur sens grammatical et courant, de manière à concorder avec l’objet de la Loi et le régime qu’elle a établi. L’expression clé «take(s) into account» figure dans la version anglaise des deux alinéas en question. Toutefois, il ressort nettement de leur contexte que ces mots peuvent avoir un sens différent dans chaque cas. Les deux dispositions portent sur des sujets différents. L’alinéa 6(2)a) concerne uniquement le montant de l’assistance à fournir et insiste sur la primauté des «besoins fondamentaux» d’une personne dans l’établissement de ce montant. L’alinéa 6(2)b) énonce les facteurs qui sont pertinents non seulement pour fixer le montant de l’assistance, mais aussi pour déterminer qui est une «personne nécessiteuse». Aux termes de cet alinéa, la province doit, dans ces décisions, «[tenir] compte» des besoins matériels d’une personne ainsi que des revenus et des ressources dont elle dispose. L’hypothèse selon laquelle des sens différents peuvent être attribués à l’expression anglaise «take(s) into account» employée dans les deux alinéas, est appuyée par le texte français qui, à l’al. 6(2)a), oblige une province à fournir l’assistance «dans une mesure ou d’une manière compatibles avec [les] besoins fondamentaux» (je souligne) de la personne. Par contre, l’al. 6(2)b) prévoit que la province «tiendra compte [. . .] [des] besoins matériels et des revenus et ressources» (je souligne) de cette personne.

Selon moi, l’al. 6(2)a) exige que le montant de l’aide fournie soit compatible avec les besoins fondamentaux d’une personne ou conforme à ceux-ci. Il requiert donc quelque chose de plus que la simple «considération» des besoins fondamentaux d’une personne. Si c’était là tout ce qui est requis, une province pourrait verser à peu près n’importe quel montant d’aide, fût-il nettement inférieur à

ble with basic requirements, as long as it had turned its mind to such requirements. Such an interpretation would not even permit the federal government to limit its contributions to schemes that were of the general nature it wished to support. I cannot accept this as Parliament's intention. However s. 6(2)(a) does not necessitate an exact fit in the sense of requiring a province to provide an amount of assistance that "fulfils" or "equals" basic requirements for each payment period. The words chosen by Parliament do not suggest such a rigid requirement. Moreover some flexibility in the standard imposed upon the provinces is to be expected having regard for the context of CAP. It is, after all, a spending statute designed to encourage provinces to develop programs consistent with national objectives. Section 6(2)(b), as I noted earlier, is addressed at determining both who is a person in need and how much assistance should be provided. With respect to the latter, s. 6(2)(b) must be read in conjunction with s. 6(2)(a), which gives priority to basic requirements. I would therefore conclude that in s. 6(2)(b) the words "take into account" indicate that a province must consider these factors in making these determinations. Given my resolution of this question of statutory interpretation on the basis of the wording of the provision read in light of the overall scheme and object of the Act, I do not find it necessary to resort to less reliable guides to statutory interpretation such as legislative debates.

I now turn to the Manitoba legislation. Under the SAA and the *Social Allowances Regulation*, Manitoba provides an allowance for "basic necessities". Basic necessities include food, clothing, shelter, utilities, fuel, personal needs, special needs (essential employment expenses, or a discretionary amount granted by the Minister), a housekeeper during illness, essential health care, funerals and care of children in special circumstances. I agree with McLachlin J. that with the exception of items

celui qui serait compatible avec les besoins fondamentaux, pourvu qu'elle ait considéré ces besoins. Pareille interprétation ne permettrait même pas au gouvernement fédéral de limiter ses contributions aux régimes qui, de manière générale, participaient de ceux qu'il voulait appuyer. Je ne puis accepter que c'était là l'intention du Parlement. L'alinéa 6(2)a ne requiert toutefois pas une parfaite correspondance au sens d'exiger d'une province qu'elle fournisse un montant d'aide qui «comble» les besoins fondamentaux ou qui soit «équivalent» à ceux-ci pour chaque période de paiement. Les termes choisis par le Parlement ne laissent pas entrevoir une exigence aussi stricte. De plus, il faut s'attendre à une certaine souplesse quant à la norme imposée aux provinces, compte tenu du contexte du RAPC. Il s'agit après tout d'une loi autorisant l'engagement de dépenses qui est destinée à encourager les provinces à mettre sur pied des programmes conformes à des objectifs nationaux. Comme je l'ai déjà fait remarquer, l'al. 6(2)b vise à déterminer à la fois qui est une personne nécessiteuse et quel montant d'aide devrait lui être fourni. Quant à ce dernier élément, l'al. 6(2)b doit être interprété conjointement avec l'al. 6(2)a qui donne la priorité aux besoins fondamentaux. Je conclus en conséquence qu'il ressort de l'expression «tiendra compte», employée à l'al. 6(2)b, qu'une province doit considérer ces facteurs en prenant ces décisions. Étant donné que je tranche cette question d'interprétation législative en me fondant sur le texte de la disposition, interprété à la lumière de l'économie et de l'objet globaux du RAPC, je ne juge pas nécessaire de recourir à des indications moins sûres en matière d'interprétation législative, telles que les débats législatifs.

Je passe maintenant aux mesures législatives manitobaines. Suivant la *Loi sur l'aide sociale* et le *Règlement sur l'aide sociale*, le Manitoba verse des allocations pour les «besoins essentiels». Ceux-ci comprennent la nourriture, le vêtement, le logement, les services d'utilité publique, le combustible, les services répondant aux besoins personnels, les services répondant aux besoins spéciaux (les dépenses essentielles liées à un emploi ou une somme discrétionnaire accordée par le

provided only in unusual circumstances, this list essentially corresponds with the “basic requirements” in CAP. However Manitoba also provides for deductions to be made from this basic amount to permit the recovery of overpayments. Section 20(3) of the SAA provides:

20(3) Notwithstanding any other provision of this Act or the regulations, where under subsection (1) or (2), a person who is liable to pay an amount of social allowance paid to him as a debt to the Crown in right of Manitoba, is a recipient the director may authorize the deduction of an amount that would not cause undue hardship to the recipient from each subsequent payment of social allowance to that person until the amount of the indebtedness of that person is discharged.

This provision is only triggered when it is determined that an individual has previously received an amount in excess of that to which she is entitled under the provincial legislation, in other words an amount in excess of “basic necessities” which will generally correspond to “basic requirements” as that term is defined in CAP. The effect of this provision is to allow for the gradual recovery of an amount that should not have been paid out in the first place. In Manitoba the policy is to deduct 5 percent of the total allowance or the portion of the allowance given for “personal requirements”. Once that recovery is completed the individual will, if her payments over the entire duration are considered, have received exactly that to which she is entitled. Thus she will have received an amount consistent with basic requirements. It is not incompatible with the scheme established by CAP that a person in need who has been overpaid be required to pay the excess back. There are only limited resources to go around. If there are overpayments

Ministre), les services d'aide ménagère pendant une maladie, les soins médicaux essentiels, les funérailles et la garde d'enfants dans des circonstances spéciales. Je conviens avec le juge McLachlin qu'à l'exception des articles et services fournis seulement dans des circonstances exceptionnelles, cette liste correspond essentiellement aux «besoins fondamentaux» du RAPC. Cependant, le Manitoba prévoit aussi des retenues sur ce montant de base afin de permettre le recouvrement des sommes versées en trop. Le paragraphe 20(3) de la *Loi sur l'aide sociale* prévoit:

20(3) Par dérogation à toute autre disposition de la présente loi ou des règlements, lorsqu'une personne est un bénéficiaire alors qu'elle est redevable à la Couronne du chef du Manitoba, en vertu du paragraphe (1) ou (2), d'un montant qui lui fut versé à titre d'allocation d'aide sociale, le directeur peut autoriser la retenue d'un montant dont la privation ne causera pas un préjudice injustifié au bénéficiaire sur chaque versement subséquent d'allocation d'aide sociale versé à cette personne, jusqu'à ce que le montant de la dette de cette personne soit entièrement remboursé.

Cette disposition ne s'applique que s'il est déterminé qu'une personne a précédemment touché une somme supérieure à celle qu'elle a le droit de recevoir en vertu des mesures législatives provinciales, en d'autres termes, une somme dépassant ce qu'il faut pour répondre aux «besoins essentiels» qui correspondent généralement aux «besoins fondamentaux» définis dans le RAPC. Cette disposition a pour effet de permettre le recouvrement progressif d'une somme qui n'aurait jamais dû être versée. La politique suivie au Manitoba consiste à retenir soit 5 pour 100 de l'allocation totale, soit la partie de l'allocation destinée à répondre aux «besoins personnels». Lorsque les sommes versées en trop auront été récupérées au complet, la personne en question aura reçu exactement ce à quoi elle avait droit, si on considère les paiements qui lui auront été faits pendant toute la période visée. Elle aura donc touché une somme correspondant à ses besoins fondamentaux. Il n'est nullement incompatible avec le régime établi par le RAPC qu'une personne nécessitant des paiements en trop soit tenue de rembourser les sommes excédentaires. Seules des ressources limitées sont disponibles. Si certaines personnes reçoivent des paie-

to some that cannot be recovered, in the long term others will suffer.

Moreover, provision for the recovery of overpayments is foreseen by CAP and the Regulations enacted thereunder. In 1971 the *Canada Assistance Plan Regulations*, now C.R.C. 1978, c. 382, were amended to include overpayments within the costs to be shared under s. 5 of CAP. Not surprisingly, in agreeing to share the cost of overpayments, the federal government wanted to ensure that provision would be made for the recovery of such payments which, by definition, were above and beyond what should have been made. Regulation 3(b)(iv) of the *Canada Assistance Plan Regulations* provides:

3. For the purposes of . . .

(b) paragraph 5(1)(a) of the Act, "cost to the province and to municipalities in the province" in a year means payments made in the year

(iv) payments by way of assistance provided by or at the request of a provincially approved agency to persons who were considered to be persons in need and who are subsequently found to have been ineligible for all or part of such assistance, where the provincially approved agency has implemented a plan to prevent any such payments and to recover any such payments and the plan is satisfactory to the Minister or a person designated by him,

The Manitoba plan for preventing and recovering overpayments received federal approval on February 29, 1972. At that time deductions from an individual's social allowance payments were made under what is now s. 9(1) of the SAA, subject to the right of appeal to the appeal board, a provincial agency, on any of the grounds of unfair treatment in what is now s. 9(3): *Re Finlay and Director of Welfare (Winnipeg South/West)*, *supra*. In 1980, s. 20(3) of the SAA was added, specifically limiting deductions to recover overpayments to amounts that "would not cause undue hardship to

ments en trop qui ne peuvent être recouverts, d'autres en souffriront à long terme.

De plus, le RAPC et son règlement d'application prévoient le recouvrement des sommes versées en trop. En 1971, le *Règlement du Régime d'assistance publique du Canada*, maintenant C.R.C. 1978, ch. 382, a été modifié de manière à inclure les paiements en trop dans les frais à partager en vertu de l'art. 5 du RAPC. Il n'est pas étonnant qu'en acceptant de partager le coût des paiements en trop, le gouvernement fédéral ait voulu s'assurer que l'on prendrait des dispositions pour recouvrer ces paiements qui, par définition, sont supérieurs à ce qui aurait dû être versé. Le sous-alinéa 3b)(iv) du *Règlement du Régime d'assistance publique du Canada* est ainsi conçu:

3. Aux fins de . . .

b) l'alinéa 5(1)a) de la Loi, «frais encourus par la province et des municipalités de la province», au cours d'une année, désigne les paiements effectués, dans l'année,

(iv) les paiements effectués à titre d'assistance fournie, par un organisme approuvé par la province ou à sa demande, à des personnes qui étaient considérées comme des personnes nécessiteuses et qui ont par la suite été jugées comme n'ayant pas droit à la totalité ou à une partie de cette assistance, lorsque l'organisme approuvé par la province a mis à exécution un plan pour empêcher que soient effectués de tels paiements et pour en recouvrer le montant, le cas échéant, et que le plan est jugé satisfaisant par le Ministre ou par une personne qu'il désigne.

Le plan manitobain visant à empêcher les paiements en trop et à en recouvrer le montant, le cas échéant, a reçu l'approbation fédérale le 29 février 1972. À ce moment-là, les retenues sur l'allocation d'aide sociale d'une personne se faisaient en vertu de ce qui constitue maintenant le par. 9(1) de la *Loi sur l'aide sociale*, sous réserve du droit d'en appeler à la commission d'appel, un organisme provincial, pour l'une quelconque des causes de traitement injuste énumérées dans ce qui constitue maintenant le par. 9(3): *Re Finlay and Director of Welfare (Winnipeg South/West)*, précité. En 1980,

the recipient". The right of appeal pursuant to s. 9 remains, including the ground of appeal set out in s. 9(3)(e) that the amount of social allowance or municipal assistance granted is insufficient to meet the individual's needs. The standard of undue hardship and this right of appeal address the concerns expressed by McLachlin J. that the amounts received as overpayments will already have been spent. The respondent submitted, however, that in the past the Board has not applied the test in s. 20(3) on an individual basis in an appeal under s. 9(3) but instead has applied a pre-determined formula as to the amount which can be deducted. Moreover, he contends that an appeal to the Court of Appeal was unsuccessful. A review of the evidence on this point does not support this contention. The overpayments and deductions all preceded the enactment of s. 20(3). They could not therefore have been the subject of an appeal to the Board on the basis of s. 20(3). The appeal to the Court of Appeal which resulted in the 1976 decision in *Re Finlay and Director of Welfare, supra*, did not deal with s. 20(3) because it was not in force. Indeed, the issue in that appeal was whether the Director of Welfare had the authority to deduct overpayments under the legislation as it then stood. The Court of Appeal decided that the Director did have the authority. Thereafter s. 20(3) was added clarifying the Director's power and imposing a limitation on it. Proceedings before the Board and the Court of Appeal in which the respondent has been involved in the past in no way limit the scope of s. 20(3) as a test which is designed to be applied on an individual basis so as to prevent undue hardship as a result of deductions in an individual case.

I therefore conclude that deductions from an individual's social assistance to permit recovery of overpayments do not violate CAP or the Agreement between Manitoba and the federal government.

on a ajouté le par. 20(3) de la *Loi sur l'aide sociale*, qui limite expressément à un montant qui «ne causera pas un préjudice injustifié au bénéficiaire» les retenues destinées à recouvrer les sommes versées en trop. Le droit d'appel prévu à l'art. 9 subsiste, y compris le moyen d'appel énoncé à l'al. 9(3)e), à savoir que le montant d'allocation d'aide sociale ou d'aide municipale accordé n'est pas suffisant pour subvenir aux besoins de la personne en question. La norme du préjudice injustifié et ce droit d'appel répondent aux inquiétudes, exprimées par le juge McLachlin, que les sommes reçues en trop aient déjà été dépensées. Cependant, l'intimé soutient que, dans le passé, la commission n'a pas appliqué, sur une base individuelle, le critère du par. 20(3) dans un appel interjeté en vertu du par. 9(3), mais a plutôt appliqué une formule préétablie quant au montant pouvant être retenu. De plus, il prétend qu'un appel devant la Cour d'appel a été vain. Un examen de la preuve sur ce point n'appuie pas cet argument. Les paiements en trop et les retenues ont tous précédé l'adoption du par. 20(3). Ils ne peuvent donc avoir fait l'objet d'un appel devant la commission, fondé sur le par. 20(3). L'appel devant la Cour d'appel qui a abouti à l'arrêt de 1976 *Re Finlay and Director of Welfare*, précité, ne portait pas sur le par. 20(3) puisque ce dernier n'était pas en vigueur. En fait, la question en litige dans cet appel était de savoir si la loi de l'époque habilitait le directeur de l'aide sociale (*Director of Welfare*) à effectuer des retenues pour des sommes versées en trop. La Cour d'appel a décidé que oui. Par la suite, on a ajouté le par. 20(3) qui est venu clarifier le pouvoir du directeur et l'assujettir à une limite. Les procédures devant la commission et la Cour d'appel, auxquelles l'intimé a participé dans le passé, ne limitent aucunement la portée du par. 20(3) en tant que critère conçu pour être appliqué sur une base individuelle afin d'empêcher qu'un préjudice injustifié ne résulte des retenues effectuées dans un cas particulier.

Je conclus donc que les retenues effectuées sur l'allocation d'aide sociale d'une personne afin de recouvrer des sommes versées en trop ne violent ni le RAPC ni l'accord intervenu entre le Manitoba et le gouvernement fédéral.

2. *Does Setting of Assistance Rates by Municipalities Violate CAP?*

The second aspect of the Manitoba scheme challenged by the respondents is the establishment of dollar amounts or rates of assistance by municipalities under the provisions of *The Municipal Act*. As my colleague points out, this issue is not that there is a variation in the rates which constitute the dollar amounts of the list of items that comprise what is labelled "basic necessities". The issue is whether "CAP requires the rates to be set by the provincial authority" or whether these amounts can be set by by-laws passed by municipalities in accordance with criteria that conform to the dictates of CAP.

In my view there is nothing in CAP or the Agreement that requires these rates to be set by the provincial authority and prohibits the scheme adopted by Manitoba. The role identified in CAP for the province or provincial authority, which in the case of Manitoba is the Minister of Welfare, is to establish the applicable test or criteria for the provision of assistance. Section 2 of CAP requires the provincial authority to determine the test for a "person in need", and ss. 6(2)(a) and 6(2)(b) require the province to agree to provide assistance to persons in need with reference to "basic requirements", "budgetary requirements", and income and resources. Section 2(2) of the CAP Regulations defines "budgetary requirement" to include the list of basic requirements plus other items that are deemed to be essential. However, nowhere does CAP require that the actual dollar rates for assistance be set by the provincial authority. This is consistent with the fact that such rates may legitimately vary significantly among municipalities in accordance with local conditions and indeed in different localities in a municipality. These conditions would be known to the council of the municipality which is in a much better position to fix these amounts than the Minister. The latter would

2. *La fixation des taux d'assistance par les municipalités viole-t-elle le RAPC?*

Le second aspect du régime manitobain que contestent les intimés est la fixation des montants ou des taux d'assistance par les municipalités en vertu de la *Loi sur les municipalités*. Comme le fait remarquer ma collègue, ce qui est en cause, ce ne sont pas les différences dans les taux qui constituent les sommes accordées pour la liste d'éléments qui composent ce qu'on appelle les «besoins essentiels». Il s'agit plutôt de savoir si [TRADUCTION] «le RAPC exige que les taux soient fixés par l'autorité provinciale» ou s'ils peuvent l'être par voie de règlements adoptés par les municipalités conformément à des critères qui respectent les exigences du RAPC.

À mon avis, rien dans le RAPC ou dans l'accord n'exige que ces taux soient fixés par l'autorité provinciale ni n'interdit le régime adopté par le Manitoba. Aux termes du RAPC, le rôle de la province ou de l'autorité provinciale, qui est, dans le cas du Manitoba, le ministre du Bien-être social, consiste à établir le test ou les critères applicables à la prestation d'assistance. L'article 2 du RAPC impose à l'autorité provinciale l'obligation d'établir le test applicable pour déterminer qui est une «personne nécessiteuse» et, suivant les al. 6(2)a) et 6(2)b), la province doit accepter de fournir de l'assistance aux personnes nécessiteuses en fonction de leurs «besoins fondamentaux», de leurs «besoins matériels», de leurs revenus et de leurs ressources. Le paragraphe 2(2) du *Règlement du Régime d'assistance publique du Canada* définit les «besoins matériels» comme comprenant la liste de besoins fondamentaux ainsi que d'autres articles ou services jugés essentiels. Il n'y a cependant rien dans le RAPC qui exige que les montants réels de l'assistance soient fixés par l'autorité provinciale. Cela cadre d'ailleurs avec le fait que ces montants peuvent légitimement varier sensiblement d'une municipalité à l'autre et même d'un endroit à l'autre dans une municipalité, suivant les conditions locales. Ces conditions seraient connues du conseil municipal qui est beaucoup mieux placé que le Ministre pour fixer ces montants. Il faudrait en effet à ce dernier une vaste quantité de données

require a vast amount of information in order to set or indeed approve rates for various municipalities.

The scheme which CAP and the Agreement establish clearly involves the municipality in important decisions relating to the administration of welfare in the province. Section 2 of CAP defines a "provincially approved agency" as any department of government, person or agency that is authorized by provincial law or the provincial authority to "accept applications for assistance, determine eligibility for assistance, provide or pay assistance or provide welfare services" that is listed in a schedule to the agreement. Representatives of the various municipalities are listed in Schedule B to the Manitoba Agreement as provincially approved agencies. Pursuant to s. 4 of CAP the agreement with a province may provide for payment with respect to assistance provided by a provincially approved agency.

It is therefore sufficient if the province has established appropriate criteria which conform with CAP for the identification of persons in need and the determination of the amount of assistance to be provided. Manitoba has done this in *The Municipal Act*. In s. 450(1) of the Act, Manitoba has defined a "person in need" as a person who lacks "basic necessities" or a dependant of such a person. "Basic necessities" are defined in the same terms as in the SAA, which, as I have already observed, covers at least the same items as "basic requirements" in CAP. The council of each municipality is required to provide by by-law for the granting of assistance to "persons in need" in the municipality who lack "basic necessities" and who are not qualified to receive a social allowance, and for the regulating and prescribing of conditions under which such assistance is to be given to ensure that the "basic necessities" of such persons are met (s. 451(1)). They thus provide for assistance to be granted in accordance with the criteria adopted by the province in conformity with CAP. At trial Teitelbaum J. held, at p. 228, that "[n]o evidence was made to show that the municipalities

pour qu'il puisse fixer ou même approuver des taux pour différentes municipalités.

De toute évidence, le régime instauré par le RAPC et par l'accord fait participer les municipalités à d'importantes décisions touchant l'administration de la protection sociale dans la province. L'article 2 du RAPC définit l'«organisme approuvé par la province» comme tout ministère gouvernemental, toute personne ou tout organisme que la législation ou l'autorité provinciale autorise à «accepter des demandes d'assistance publique, à déterminer l'admissibilité à une telle assistance, à fournir ou à payer cette assistance ou à fournir des services de protection sociale», et qui figure sur la liste d'une annexe de l'accord. Les représentants des diverses municipalités sont inscrits à l'annexe B de l'accord conclu avec le Manitoba à titre d'organismes approuvés par la province. Conformément à l'art. 4 du RAPC, l'accord conclu avec une province peut prévoir le paiement de contributions à l'égard de l'assistance fournie par un organisme approuvé par la province.

Il suffit donc que la province ait établi des critères appropriés, conformes au RAPC, pour l'identification des personnes nécessiteuses et pour la détermination du montant de l'assistance à fournir. C'est ce qu'a fait le Manitoba dans la *Loi sur les municipalités*. Au paragraphe 450(1) de cette loi, le Manitoba a défini la «personne nécessiteuse» comme celle qui ne peut subvenir à ses «besoins essentiels» ou une personne à sa charge. La définition des «besoins essentiels» reprend les mêmes termes que dans la *Loi sur l'aide sociale* qui, comme je l'ai déjà fait remarquer, vise au moins les mêmes éléments que les «besoins fondamentaux» définis dans le RAPC. Le conseil de chaque municipalité est tenu de prendre, par voie de règlement, des dispositions pour fournir de l'aide aux «personnes nécessiteuses» dans la municipalité qui ne peuvent subvenir à leurs «besoins essentiels» et qui n'ont pas droit à l'aide sociale, et pour régler et fixer les conditions d'octroi de l'aide municipale afin de s'assurer que les «besoins essentiels» de ces personnes sont satisfaits (par. 451(1)). Les conseils municipaux prennent donc des mesures pour fournir de l'assistance con-

are not using a proper needs test". There is no reason to reject this finding. In view of this finding it follows that the various municipalities are using substantially the same list of items to provide basic necessities but the variation in rates occurs either by reason of a difference in actual cost of these items or by reason of a variation in the cost figures used.

A person aggrieved by this variation is entitled to appeal to the appeal board under s. 9 of the SAA. Section 451(4) of *The Municipal Act* provides that such an appeal can be taken with respect to any decision affecting the application of a person in need. The appeal board is the Social Services Advisory Committee set up under the *Social Services Administration Act*, R.S.M. 1987, c. S165, and is a provincial body. Accordingly, a mechanism is provided for achieving uniformity, to the extent possible, in the dollar amounts which are applied to the items that make up the basic necessities of a person in need. Some variation is inevitable due to local conditions. The existence of variations may be due to the under-utilization of the right of appeal or to other factors. It would be pure speculation for this Court to seek to attribute a specific reason for these variations. But, in any event, that is not the issue here.

Disposition

I would therefore allow the appeal, set aside the judgments below and dismiss the actions. In view of the public importance of the issues raised by the respondent I would not award costs to the appellant in the courts below. In accordance with the order granting leave to appeal herein the respondent is entitled to the costs of the appeal to this Court on a party and party basis. Given the resolu-

formément aux critères adoptés par la province en application du RAPC. En première instance, le juge Teitelbaum a conclu, à la p. 228, que «[l]a preuve ne tend nullement à démontrer que les municipalités n'appliquent pas un test approprié [concernant les besoins]». Il n'y a aucune raison d'écarter cette conclusion. Compte tenu de celle-ci, il s'ensuit que les différentes municipalités recourent essentiellement à la même liste de services et d'articles pour satisfaire les besoins essentiels, mais que les taux varient soit en raison d'une différence de coût réel de ces services ou articles, soit en raison d'une variation des chiffres utilisés pour en calculer le coût.

La personne lésée par cette variation a le droit d'interjeter appel devant la commission d'appel en vertu de l'art. 9 de la *Loi sur l'aide sociale*. Le paragraphe 451(4) de la *Loi sur les municipalités* prévoit que pareil appel peut être interjeté à l'égard de toute décision concernant la demande d'aide d'une personne nécessiteuse. La commission d'appel est le Comité consultatif des services sociaux constitué en vertu de la *Loi sur l'administration des services sociaux*, L.R.M. 1987, ch. S165, et est un organisme provincial. Il existe donc un mécanisme qui permet de réaliser, autant que faire se peut, l'uniformité quant aux montants affectés aux éléments composant les besoins essentiels d'une personne nécessiteuse. Une certaine variation est inévitable en raison des conditions locales. L'existence de variations peut s'expliquer par l'exercice insuffisant du droit d'appel ou par d'autres facteurs. Ce serait de la pure conjecture de sa part si notre Cour cherchait à donner une explication précise de ces variations. Mais, quoi qu'il en soit, telle n'est pas la question en litige ici.

Dispositif

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer les jugements des juridictions inférieures et de rejeter les actions. Vu l'importance que revêtent pour le public les questions soulevées par l'intimé, je suis d'avis de ne pas accorder à l'appelant ses dépens devant les tribunaux d'instance inférieure. Conformément à l'ordonnance accordant l'autorisation de pourvoi en l'es-

tion of the issues which I would make I would not award costs on a higher scale.

Appeal allowed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, CORY and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellants: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Taylor, McCaffrey, Chapman, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Dominique Rousseau, André Gaudreau and Louis Rochette, Ste-Foy.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Beverley Bauer, Calgary.

Solicitor for the intervener the National Anti-Poverty Organization: Arne Peltz, Winnipeg.

pèce, l'intimé a droit à des dépens comme entre parties relativement au pourvoi devant notre Cour. Vu la façon dont je trancherais les questions en litige, je suis d'avis de ne pas accorder de dépens selon un barème plus élevé.

Pourvoi accueilli, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, CORY et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureur des appelants: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs de l'intimé: Taylor, McCaffrey, Chapman, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Dominique Rousseau, André Gaudreau et Louis Rochette, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le sous-procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Beverley Bauer, Calgary.

Procureur de l'intervenante l'Organisation nationale anti-pauvreté: Arne Peltz, Winnipeg.

Victor Schiewe *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Tina Marie Schiewe *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Norman Michael Koruz *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SCHIEWE

File Nos.: 23074, 23076, 23077.

1993: March 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — Delays in provision of legal aid through no fault of recipient — No unreasonable delay given special circumstances and complexity and length of the cases.

Cases Cited

Applied: *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. Stensrud*, [1989] 2 S.C.R. 1115.

APPEALS from judgments of the Alberta Court of Appeal allowing appeals from judgments of

Victor Schiewe *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et entre

^b **Tina Marie Schiewe** *Appelante*

c.

^c **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et entre

^d **Norman Michael Koruz** *Appellant*

c.

^e **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SCHIEWE

Nos du greffe: 23074, 23076, 23077.

^f 1993: 26 mars.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délais dans la prestation d'aide juridique non attribuables au bénéficiaire — Aucun délai déraisonnable compte tenu des circonstances particulières et de la complexité et de la longueur des affaires.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Stensrud*, [1989] 2 R.C.S. 1115.

^j POURVOIS contre des arrêts de la Cour d'appel de l'Alberta, qui a accueilli des jugements du juge

Matheson J. allowing stays of judicial proceedings. Appeals dismissed.

J. MacLeod Walker, for the appellants Victor Schiewe and Tina Marie Schiewe.

Marvin Bloos, for the appellant Norman Michael Koruz.

M. David Gates and *Larry R. A. Ackerl*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J.—These appeals are as of right. Applying the principles in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, and *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, and having regard to the view expressed in *R. v. Stensrud*, [1989] 2 S.C.R. 1115, and the special circumstances of these cases, and in particular their complexity and length, we agree with the conclusion of the majority of the Court of Appeal that there was no unreasonable delay. The appeals are dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants Victor Schiewe and Tina Marie Schiewe: Walker & Co., Edmonton.

Solicitors for the appellant Norman Michael Koruz: Beresh, DePoe, Cunningham, Edmonton.

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

Matheson, qui avait accueilli des demandes d'arrêt des procédures. Pourvois rejetés.

J. MacLeod Walker, pour les appelants Victor Schiewe et Tina Marie Schiewe.

Marvin Bloos, pour l'appelant Norman Michael Koruz.

M. David Gates et *Larry R. A. Ackerl*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA—Les présents pourvois sont formés de plein droit. En vertu des principes énoncés dans les arrêts *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, et *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, et compte tenu du point de vue exprimé dans l'arrêt *R. c. Stensrud*, [1989] 2 R.C.S. 1115, ainsi que des circonstances particulières des présentes affaires, notamment leur complexité et leur longueur, nous sommes d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel à la majorité qu'il n'y a pas eu de délais déraisonnables. Les pourvois sont rejetés.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants Victor Schiewe et Tina Marie Schiewe: Walker & Co., Edmonton.

Procureurs de l'appelant Norman Michael Koruz: Beresh, DePoe, Cunningham, Edmonton.

Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.

Her Majesty the Queen *Appellant*

v.

Robert Gordon Steeves *Respondent*

INDEXED AS: R. v. STEEVES

File No.: 23073.

1993: March 31.

Present: Lamer C.J. and Gonthier, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Appeal — Unreasonable verdict — Accused convicted of manslaughter — Court of Appeal overturning conviction — Trial judge's conclusion that accused inflicted fatal injuries not unreasonable — Conviction restored.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1992), 127 A.R. 2, 20 W.A.C. 2, quashing the accused's conviction on a charge of manslaughter and removing a conditional stay on a charge of aggravated assault. Appeal allowed.

Earl C. Wilson, Q.C., for the appellant.

Bryan D. Newton, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—We are in agreement with the reasons of Fraser J.A. (as she then was). The appeal is allowed. The order of the Court of Appeal of Alberta is quashed. The conviction for manslaughter is restored, as is the conditional stay of proceedings as to the charge of aggravated assault.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Robert Gordon Steeves** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. STEEVES

N^o du greffe: 23073.

^b

1993: 31 mars.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Major.

^c

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

Droit criminel — Appel — Verdict déraisonnable — Accusé déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Déclaration de culpabilité annulée par la Cour d'appel — Caractère non déraisonnable de la conclusion du juge du procès que l'accusé a infligé des blessures fatales — Déclaration de culpabilité rétablie.

^e

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1992), 127 A.R. 2, 20 W.A.C. 2, qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable, de même qu'un arrêt conditionnel des procédures concernant une accusation de voies de fait graves. Pourvoi accueilli.

^f

^g *Earl C. Wilson, c.r.*, pour l'appelante.

Bryan D. Newton, pour l'intimé.

^h

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

ⁱ

LE JUGE EN CHEF LAMER—Nous sommes d'accord avec les motifs du juge Fraser (maintenant Juge en chef de l'Alberta). Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance de la Cour d'appel de l'Alberta est annulée. La déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable est rétablie, de même que l'arrêt conditionnel des procédures concernant l'accusation de voies de fait graves.

^j

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

*Solicitor for the appellant: Earl C. Wilson,
Calgary.*

*Procureur de l'appelante: Earl C. Wilson,
Calgary.*

*Solicitors for the respondent: Lord & Russell,
Calgary.*

*Procureurs de l'intimé: Lord & Russell,
Calgary.*

Her Majesty The Queen *Appellant*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

v.

c.

Imre Finta *Respondent*

^a **Imre Finta** *Intimé*

and

et

Canadian Holocaust Remembrance Association *Intervener*

^b **Canadian Holocaust Remembrance Association** *Intervenante*

INDEXED AS: R. v. FINTA

RÉPERTORIÉ: R. c. FINTA

File Nos.: 23023, 23097.

^c Nos du greffe: 23023, 23097.

1993: March 24.

1993: 24 mars.

Present: McLachlin J.

^d Présente: Le juge McLachlin.

MOTIONS FOR LEAVE TO INTERVENE

REQUÊTES EN AUTORISATION D'INTERVENTION

Practice — Supreme Court of Canada — Applications to intervene — Public interest groups establishing interest in outcome of appeal and offering useful and novel submissions — Groups granted leave to intervene — Private individual having no stake in result of appeal — Individual denied leave to intervene — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, r. 18.

^e *Pratique — Cour suprême du Canada — Demandes d'intervention — Groupes d'intérêt public démontrant un intérêt dans l'issue du pourvoi et avançant des arguments utiles et nouveaux — Groupes autorisés à intervenir — Particulier n'ayant aucun intérêt dans l'issue du pourvoi — Refus d'autoriser ce particulier à intervenir — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 18.*

Cases Cited

Jurisprudence citée

Referred to: *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 2 S.C.R. 335.

^f **Arrêt mentionné:** *Renvoi: Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 2 R.C.S. 335.

Statutes and Regulations Cited

Lois et règlements cités

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, r. 18 [rep. & sub. SOR/87-292, s. 1; am. SOR/91-347, s. 8; am. SOR/92-674, s. 1].

^g *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, art. 18 [abr. & rempl. DORS/87-292, art. 1; mod. DORS/91-347, art. 8; mod. DORS/92-674, art. 1].

MOTIONS for leave to intervene in an appeal from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 73 C.C.C. (3d) 65, 14 C.R. (4th) 1, 92 D.L.R. (4th) 1, 9 C.R.R. (2d) 91. Motions on behalf of the League for Human Rights of B'Nai Brith Canada, the Canadian Jewish Congress and InterAmicus granted; motion on behalf of Kenneth M. Narvey denied.

ⁱ ^j REQUÊTES en autorisation d'intervention dans un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 73 C.C.C. (3d) 65, 14 C.R. (4th) 1, 92 D.L.R. (4th) 1, 9 C.R.R. (2d) 91. Les requêtes présentées au nom de la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada, du Congrès juif canadien et d'InterAmicus sont accueillies; la requête présentée au nom de Kenneth M. Narvey est rejetée.

Marvin Kurz, for the applicant the League for Human Rights of B'Nai Brith Canada.

Edward M. Morgan, for the applicant the Canadian Jewish Congress.

Joseph R. Nuss, Q.C., Irwin Cotler and Lieba Shell, for the applicant InterAmicus.

Kenneth M. Narvey, on his own behalf.

Christopher A. Amerasinghe, Q.C., and Thomas C. Lemon, for the appellant.

Martin W. Mason, for the respondent.

The following reasons for the order were delivered by

MCLACHLIN J.—These applications to intervene arise in an appeal from the Ontario Court of Appeal. Imre Finta served during the Second World War as commander of the investigative subdivision of the Gendarmerie at Szeged, Hungary. He became a Canadian citizen in 1956. In 1988, he was charged under alternate counts of unlawful confinement, robbery, kidnapping and manslaughter (one count of each pair fell under the *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, while the other count was characterized as a war crime or crime against humanity under the predecessor of s. 7(3.71) of the present *Criminal Code*). These allegations arose from the deportation of Jews from Hungary in 1944. In a pre-trial motion, Finta challenged the constitutionality of the war crimes provisions in the *Criminal Code*. The trial judge found that these provisions did not violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The jury subsequently acquitted Finta on all counts. The Crown's appeal of this acquittal was dismissed by a majority of the Ontario Court of Appeal with two dissenting judges in favour of ordering a new trial. The Court of Appeal was unanimous, however, in upholding the constitutional validity of the war crimes provisions in the *Code*.

Marvin Kurz, pour la requérante la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada.

Edward M. Morgan, pour le requérant le Congrès juif canadien.

Joseph R. Nuss, c.r., Irwin Cotler et Lieba Shell, pour la requérante InterAmicus.

Kenneth M. Narvey, en personne.

Christopher A. Amerasinghe, c.r., et Thomas C. Lemon, pour l'appelante.

Martin W. Mason, pour l'intimé.

Version française des motifs de l'ordonnance rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Les demandes d'intervention sont présentées dans le cadre d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario. Pendant la Seconde Guerre mondiale, Imre Finta a occupé le rang de commandant de la division des enquêtes de la Gendarmerie à Szeged (Hongrie). Il est devenu citoyen canadien en 1956. En 1988, il a été accusé, en vertu de chefs d'accusation subsidiaires, de séquestration, de vol, d'enlèvement et d'homicide involontaire coupable (un chef d'accusation de chaque paire était visé par le *Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36, alors que l'autre était qualifié de crime de guerre ou de crime contre l'humanité aux termes de la disposition qui a précédé le par. 7(3.71) du *Code criminel* actuel). Ces allégations résultent de la déportation de Juifs de la Hongrie en 1944. Dans une requête préalable au procès, Finta a contesté la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* relatives aux crimes de guerre. Le juge du procès a conclu que ces dispositions ne portaient pas atteinte à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le jury a, par la suite, acquitté Finta relativement à tous les chefs d'accusation. L'appel du ministère public contre cet acquittement a été rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité; deux juges dissidents auraient ordonné la tenue d'un nouveau procès. Toutefois, la Cour d'appel a, à l'unanimité, maintenu la validité constitutionnelle des dispositions du *Code* sur les crimes de guerre.

Leave to appeal was granted to the Crown by this Court on the four grounds of law upon which Dubin C.J.O. and Tarnopolsky J.A. dissented, and on three additional grounds:

- (1) That the Court of Appeal erred in law in holding that s. 7(3.71) of the *Criminal Code* is not merely jurisdictional in nature, but rather, defines the essential elements of the offences charged, such that it was necessary for the jury to decide beyond a reasonable doubt not only whether the Respondent was guilty of the 1927 *Criminal Code* offences charged, but also, whether his acts constituted war crimes or crimes against humanity as defined in s. 7(3.71) and 7(3.76). b
- (2) That the Court of Appeal erred in law in holding that the trial judge correctly instructed the jury that it is not sufficient for the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the Respondent intended to commit the offences alleged against him, namely unlawful confinement, robbery, kidnapping and manslaughter, but that the Crown must also prove that the Respondent knew that those acts constituted war crimes or crime against humanity as defined in s. 7(3.76), thereby requiring proof of *mens rea* in relation to the jurisdictional preconditions set out in s. 7(3.71) of the *Criminal Code*. d
- (3) Having found that defence counsel's address was improper and inflammatory on the several grounds enumerated, the Court of Appeal erred in law in holding that the trial judge's instructions to the jury adequately corrected defence counsel's jury address so as to overcome the prejudice to the Crown and did not deprive the Crown of a fair trial. e
- (4) Having found that the trial judge erred in calling the Dallos statements and the videotaped evidence of the witnesses Kemeny and Ballo as his own evidence, thereby depriving the Crown of its statutory right to address the jury last, the Court of Appeal erred in law in holding that this error resulted in no substantial wrong or miscarriage of justice. f
- (5) That the Court of Appeal erred in law in holding that the police statement and deposition of Imre Dallos, g

Notre Cour a autorisé le ministère public à interjeter appel sur le fondement des quatre moyens de droit invoqués dans la dissidence du juge en chef Dubin de l'Ontario et du juge Tarnopolsky et sur trois moyens supplémentaires: a

- [TRADUCTION] (1) La Cour d'appel a commis une erreur de droit lorsqu'elle a conclu que le par. 7(3.71) du *Code criminel* ne vise pas simplement la compétence, mais plutôt définit les éléments essentiels des infractions reprochées de manière que le jury devait décider hors de tout doute raisonnable non seulement que l'intimé était coupable des infractions reprochées en vertu du *Code criminel* de 1927, mais également si ses actes constituaient des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité aux termes des par. 7(3.71) et 7(3.76).
- (2) La Cour d'appel a commis une erreur de droit lorsqu'elle a conclu que le juge du procès avait correctement exposé au jury qu'il ne suffit pas au ministère public de démontrer hors de tout doute raisonnable que l'intimé avait l'intention de commettre les infractions qui lui sont reprochées, c'est-à-dire la séquestration, le vol, l'enlèvement et l'homicide involontaire coupable, mais qu'il doit également démontrer que l'intimé savait que ces actes constituaient des crimes de guerre ou un crime contre l'humanité aux termes du par. 7(3.76), exigeant ainsi la preuve de l'intention coupable relativement aux conditions préalables en matière de compétence énoncées au par. 7(3.71) du *Code criminel*. h
 - (3) Ayant conclu que le plaidoyer de l'avocat de la défense était incorrect et incendiaire à l'égard des divers moyens invoqués, la Cour d'appel a commis une erreur de droit lorsqu'elle a conclu que les directives du juge du procès au jury avaient adéquatement corrigé le plaidoyer de l'avocat de la défense de manière à réparer le préjudice subi par le ministère public et ne l'a pas privé d'un procès équitable. i
 - (4) Ayant conclu que le juge du procès avait commis une erreur en citant les déclarations de Dallos et les témoignages de Kemeny et de Ballo enregistrés sur bande vidéo comme ses propres éléments de preuve, privant ainsi le ministère public du droit que lui confère la loi de s'adresser au jury le dernier, la Cour d'appel a commis une erreur de droit lorsqu'elle a conclu que cette erreur n'a entraîné aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave. j
 - (5) La Cour d'appel a commis une erreur de droit lorsqu'elle a conclu à la recevabilité de la déclaration à

which were taken from the record of the 1947 investigation and the 1948 *in absentia* trial of the Respondent held in Hungary, were admissible;

- (6) That the Court of Appeal erred in law in holding that the trial judge's instructions to the jury pertaining to the evidence relating to the eyewitness identification of the respondent were appropriate in the circumstances of the case and in not finding that he misdirected the jury on the issue of identification; and
- (7) That the Court of Appeal erred in law in failing to find that the trial judge erred in putting to the jury the peace officer defence embodied in s. 25 of the *Criminal Code*, the military orders defence and the issue of mistake of fact, and that the trial judge misdirected the jury in the manner in which he defined those defences.

The cross-appellant Finta was granted leave by this Court on the constitutional grounds dismissed below. Chief Justice Lamer ordered that the constitutional questions be stated as follows:

- (1) Does s. 7(3.74) of the *Criminal Code* violate ss. 7, 11(a), 11(b), 11(d), 11(g), 12 or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- (2) If the answer to this question is in the affirmative, is s. 7(3.74) of the *Criminal Code* a reasonable limit in a free and democratic society and justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- (3) Does s. 7(3.71) read with s. 7(3.76) of the *Criminal Code* violate ss. 7, 11(a), 11(b), 11(d), 11(g), 12 or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- (4) If the answer to this question is in the affirmative, is s. 7(3.71) read with s. 7(3.76) of the *Criminal Code* a reasonable limit in a free and democratic society and justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Four applications are before the Court to intervene in this case pursuant to Rule 18 of the *Rules*

la police et de la déposition de Imre Dallos qui proviennent du dossier de l'enquête de 1947 et du procès de 1948 tenu en l'absence de l'intimé en Hongrie.

- (6) La Cour d'appel a commis une erreur de droit lorsqu'elle a conclu que les directives du juge du procès au jury relativement à l'identification de l'intimé par les témoins oculaires étaient appropriées dans les circonstances de l'affaire et lorsqu'elle n'a pas conclu qu'il avait donné des directives erronées au jury sur la question de l'identification.
- (7) La Cour d'appel a commis une erreur de droit lorsqu'elle a omis de conclure que le juge du procès avait commis une erreur lorsqu'il a présenté au jury le moyen de défense de l'agent de la paix inscrit à l'art. 25 du *Code criminel*, le moyen de défense fondé sur les ordres militaires et la question de l'erreur de fait et que le juge du procès a donné des directives erronées au jury relativement à la manière dont il a défini ces moyens de défense.

Notre Cour a autorisé le pourvoi incident de Finta sur les moyens d'ordre constitutionnels rejetés par les instances inférieures. Le juge en chef Lamer a ordonné que les questions constitutionnelles soient énoncées de la manière suivante:

- (1) Le paragraphe 7(3.74) du *Code criminel* viole-t-il les art. 7, 11(a), 11(b), 11(d), 11(g), 12 ou 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- (2) Si la réponse à cette question est affirmative, le par. 7(3.74) du *Code criminel* est-il une limite qui est raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique et donc justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- (3) Le paragraphe 7(3.71) interprété conjointement avec le par. 7(3.76) du *Code criminel*, viole-t-il les art. 7, 11(a), 11(b), 11(d), 11(g), 12 ou 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- (4) Si la réponse à cette question est affirmative, le par. 7(3.71) interprété conjointement avec le par. 7(3.76) du *Code criminel*, est-il une limite qui est raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique et donc justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Quatre demandes d'intervention en l'espèce ont été présentées à la Cour aux termes de l'art. 18 des

of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74. Three applicants are public interest groups: the Canadian Jewish Congress, League for Human Rights of B'Nai Brith Canada, and InterAmicus. One applicant, Mr. Kenneth M. Narvey, is a private individual acting on his own behalf. All of the applicants seek to intervene in favour of the appellant Crown's position. The appellant does not contest the applications of the three interest groups, but does contest the application of Mr. Narvey.

As Sopinka J. held in one of the few reported cases on a motion for intervention, Rule 18 of the *Rules of the Supreme Court of Canada* permits "a wide discretion in deciding whether or not to allow a person to intervene as well as the discretion to determine the terms and conditions of the intervention": *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 2 S.C.R. 335, at p. 339. The criteria under Rule 18 require that the applicant establish: (1) an interest and (2) submissions which will be useful and different from those of the other parties.

(1) Interest

The three public interest groups have all established an interest in the outcome of this appeal. The Canadian Jewish Congress, League for Human Rights of B'Nai Brith Canada and InterAmicus have an interest in ensuring that the interpretation of the *Criminal Code* provisions on appeal is consistent with the preservation of issues within its mandate. Through either the people they represent or the mandate which they seek to uphold, these applicants have a direct stake in Canada's fulfilling its international legal obligations under customary and conventional international law. While the Court is often reluctant to grant intervenor status to public interest groups in criminal appeals, exceptions can be made under its broad discretion where important public law issues are considered, as in this appeal. All three parties

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74. Trois requérants sont des groupes d'intérêt public: le Congrès juif canadien, la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada et InterAmicus. Un requérant, M. Kenneth M. Narvey est un particulier qui agit pour son propre compte. Tous les requérants cherchent à intervenir pour appuyer la position du ministère public. L'appelante ne conteste pas les demandes des trois groupes d'intérêt, mais conteste la demande de M. Narvey.

Le juge Sopinka a conclu dans l'un des rares jugements publiés sur une requête en intervention que l'art. 18 des *Règles de la Cour suprême du Canada* confère «un vaste pouvoir discrétionnaire pour décider s'il y a lieu d'autoriser ou non une personne à intervenir ainsi que le pouvoir discrétionnaire de fixer les modalités de l'intervention»: *Renvoi: Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 2 R.C.S. 335, à la p. 339. Le critère énoncé à l'art. 18 des Règles exige que le requérant démontre: (1) un intérêt et (2) des allégations qui seront utiles et différentes de celles des autres parties.

f (1) L'intérêt

Les trois groupes d'intérêt public ont tous démontré un intérêt dans l'issue du présent pourvoi. Le Congrès juif canadien, la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada et InterAmicus ont un intérêt à veiller à ce que l'interprétation des dispositions du *Code criminel* contestées en l'espèce soit conforme au respect des questions qui s'inscrivent dans le cadre de leur mandat. Par les personnes qu'ils représentent ou par le mandat qu'ils cherchent à faire valoir, ces requérants sont directement intéressés au respect par le Canada de ses obligations juridiques aux termes du droit international coutumier ou conventionnel. Bien que la Cour hésite souvent à accorder le statut d'intervenant à des groupes d'intérêt public dans les pourvois en matière pénale, il peut y avoir des exceptions en vertu de son large pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit d'importantes questions de droit public comme en l'espèce. Les trois par-

demonstrated in their submissions to the Court that they satisfy the interest requirement under Rule 18.

The same cannot be said of Mr. Narvey. There is no question that Mr. Narvey is a qualified expert in the subject matter before this Court. But his interest in the outcome of the litigation cannot be established merely by his status as researcher and advocate on public law issues. He must establish a direct stake in the outcome of the appeal. Mr. Narvey does not argue that his status as a Jewish Canadian or occasional association with Jewish organizations forms any basis for his application. He is not currently engaged in litigation which is implicated by the outcome in this case, nor does he purport to represent an interest which is directly affected by the appeal. In short, Mr. Narvey's interest in this appeal is not in the manner of having a stake in the result, but solely of having a serious preoccupation with the subject matter. This type of interest is not the kind referred to in Rule 18(3)(a) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*. Thus, Mr. Narvey does not meet the first test under Rule 18. I would deny leave to the application of Mr. Narvey.

(2) Useful and Different Submissions

There are a number of issues before the Court. While not seeking to limit the questions before the Court, I will summarize the applicants' submissions under three general headings: (1) jurisdiction over crimes against humanity and war crimes; (2) the requisite *mens rea* of the offences on appeal; and (3) the allegedly inflammatory address by defence counsel. On the first two matters, the Canadian Jewish Congress, League for Human Rights of B'Nai Brith Canada and InterAmicus all offer useful and novel submissions. In particular, these applicants each have distinctive contributions to make in the area of international law theory, comparative law, the Nuremberg principles, and the criminal justice obligations and position of Canada *vis-à-vis* the victims of war crimes. The arguments discussed in their materials appear to supplement the appellant's submissions in a man-

ties ont démontré dans leurs arguments à la Cour qu'elles satisfont à l'exigence en matière d'intérêt que prévoit l'art. 18 des Règles.

^a Ce n'est pas le cas de M. Narvey. Il est évident que M. Narvey est un expert sur la question dont notre Cour est saisie. Mais son intérêt dans l'issue du litige ne peut être établi simplement par son statut de chercheur et de défenseur des questions de droit public. Il doit démontrer un intérêt direct dans l'issue du pourvoi. Monsieur Narvey n'allègue pas que son statut de Canadien d'origine juive ou que son association occasionnelle avec des organismes juifs constituent un fondement pour sa demande. À l'heure actuelle, il n'est pas engagé dans un litige visé par l'issue du présent pourvoi et il ne prétend pas représenter un intérêt qui est directement touché par le pourvoi. Bref, l'intérêt de M. Narvey dans le présent pourvoi ne porte pas sur l'issue de celui-ci mais découle seulement d'une préoccupation importante à l'égard de la question en litige. Ce genre d'intérêt n'est pas celui qui est visé à l'al. 18(3)a des *Règles de la Cour suprême du Canada*. Par conséquent, M. Narvey ne satisfait pas le premier critère de l'art. 18 des Règles. Je suis d'avis de refuser la demande de M. Narvey.

^d (2) Des allégations utiles et différentes

Un certain nombre de questions sont présentées à la Cour. Tout en ne cherchant pas à restreindre les questions posées à la Cour, je résume les argumentations des requérants sous trois rubriques générales: (1) la compétence en matière de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre; (2) l'intention coupable requise en ce qui concerne les infractions qui font l'objet du présent pourvoi; et (3) l'exposé prétendument incendiaire de l'avocat de la défense. En ce qui a trait aux deux premières questions, le Congrès juif canadien, la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada et InterAmicus présentent tous des argumentations utiles et nouvelles. En particulier, ces requérants ont chacun des contributions différentes à apporter dans le domaine de la théorie du droit international, du droit comparé, des principes de Nuremberg, des obligations en matière de justice pénale et de la position du Canada à l'égard des victimes de

ner suitable to satisfy the second criterion under Rule 18.

On the other hand, the arguments regarding the inflammatory address to the jury are already covered by the appellant Crown. Indeed, it seems inappropriate for any of the applicants to be permitted to make submissions on the issue of defence counsel's address to the jury. The public interest groups before this Court have an interest in, and are all experts on, the issues of war crimes and human rights in general. But they are not experts on addresses to the jury, and I have not been persuaded that their arguments on this issue will provide a supplemental or useful perspective that is not already argued by the appellant.

In the circumstances of this motion, therefore, I grant leave to the applications of the Canadian Jewish Congress, League for Human Rights of B'Nai Brith Canada, and InterAmicus. These applicants may file factums on the issues which I have indicated. Like the intervener Canadian Holocaust Remembrance Association, they will not be granted the right to oral argument. However, they may appear through counsel at the appeal for the purposes of answering questions the Court may have with respect to their factums.

I would deny leave for the application of Mr. Kenneth M. Narvey.

Judgment accordingly.

Solicitors for the applicant the League for Human Rights of B'Nai Brith Canada: Dale, Streiman & Kurz, Brampton.

Solicitors for the applicant the Canadian Jewish Congress: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Solicitors for the applicant InterAmicus: Ahern, Lalonde, Nuss, Drymer, Montréal.

crimes de guerre. Les arguments analysés dans leurs documents paraissent compléter les allégations de l'appelante d'une manière qui satisfait au deuxième critère de l'art. 18 des Règles.

a

Par ailleurs, les arguments concernant l'exposé incendiaire au jury sont déjà soulevés par le ministère public appelant. En fait, il ne semble pas opportun de permettre aux requérants de présenter des allégations sur la question du plaidoyer de l'avocat de la défense au jury. Les groupes d'intérêt public devant notre Cour ont un intérêt à l'égard des questions relatives aux crimes de guerre et aux droits de la personne en général et sont tous experts dans ces domaines. Toutefois, ils ne sont pas experts en ce qui concerne les exposés au jury et je n'ai pas été convaincue que leurs arguments sur cette question apporteront un point de vue complémentaire et utile qui n'a pas déjà été soulevé par l'appelante.

d

Par conséquent, dans les circonstances de cette requête, j'autorise les demandes du Congrès juif canadien, de la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada et d'InterAmicus. Ces requérants peuvent présenter des mémoires sur les questions que j'ai indiquées. Comme l'intervenant Canadian Holocaust Remembrance Association, ils n'auront pas le droit d'exposer des arguments oralement. Toutefois, ils peuvent être représentés par avocat au pourvoi pour répondre aux questions de la Cour relativement à leurs mémoires.

g

Je suis d'avis de refuser la demande de M. Kenneth M. Narvey.

h Jugement en conséquence.

Procureurs de la requérante la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada: Dale, Streiman & Kurz, Brampton.

i

Procureurs du requérant le Congrès juif canadien: Davies, Ward & Beck, Toronto.

j

Procureurs de la requérante InterAmicus: Ahern, Lalonde, Nuss, Drymer, Montréal.

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

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

Solicitor for the respondent: Douglas H. Christie, Victoria.

*Procureur de l'intimé: Douglas H. Christie,
a Victoria.*

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

Judicial review — Jurisdiction — Public Service Staff Relations Board — Standard of review — Whether Board had jurisdiction to determine reference submitted by union — Whether Board's decision regarding its jurisdiction must be correct, or whether patently unreasonable standard applies.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA, 941.

APPEAL

1. Mootness — Respondent alleging that issues raised in this appeal resolved to a large extent by a Supreme Court of Canada decision rendered shortly after Court of Appeal's judgment — Whether appeal to Supreme Court moot.

REFERENCE RE PUBLIC SCHOOLS ACT (MAN.), s. 79(3), (4) AND (7), 839.

2. Leave to appeal — Supreme Court of Canada — Court of Appeal refusing leave to appeal on matters arising under Companies' Creditors Arrangement Act — Whether leave to appeal to Supreme Court of Canada may be granted — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C., 1985, c. C-36, s. 15.

WESTAR MINING LTD. (RE), 890.

CIVIL RIGHTS

Discriminatory practice — Family status — Employee denied bereavement leave to attend funeral of father of his male companion — Collective agreement providing for leave upon death of a member of an employee's "immediate family" — "Immediate family" including common-law spouse of opposite sex — Federal legislation prohibiting discrimination on basis of "family status" — Whether denial of bereavement leave based on family status — Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3, 10.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. MOSSOP, 554.

CONFLICT OF LAWS

Courts — Action commenced in U.S. courts — Plaintiffs largely resident in Canada — Most of corporate defendants with

CONFLICT OF LAWS—Concluded

some connection with state where action brought — Anti-suit injunction sought in Canadian courts to prevent action in U.S. courts — Principles governing the determination of appropriate forum and governing comity between courts — Whether or not an injunction appropriate.

AMCHEM PRODUCTS INC. V. BRITISH COLUMBIA (WORKERS' COMPENSATION BOARD), 897.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Application of Charter — Provincial legislatures — Parliamentary privileges — Nova Scotia House of Assembly refusing media access to public gallery to film proceedings with their own cameras — Whether Charter applicable to a legislative assembly — Whether exercise of privileges by members of a legislative assembly subject to Charter review — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32(1)(b).

NEW BRUNSWICK BROADCASTING CO. V. NOVA SCOTIA (SPEAKER OF THE HOUSE OF ASSEMBLY), 319.

2. Charter of Rights — Freedom of expression — Provincial legislature refusing media access to public gallery to film proceedings with their own cameras — Whether refusal infringes guarantee of freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

NEW BRUNSWICK BROADCASTING CO. V. NOVA SCOTIA (SPEAKER OF THE HOUSE OF ASSEMBLY), 319.

3. Parliamentary privileges — Provincial legislatures — Whether privileges of a provincial legislature part of Constitution of Canada — Constitution Act, 1867, preamble.

NEW BRUNSWICK BROADCASTING CO. V. NOVA SCOTIA (SPEAKER OF THE HOUSE OF ASSEMBLY), 319.

4. Charter of Rights — Minority language educational rights — Educational facilities — Whether rights to minority language educational facilities include a right to distinct physical setting — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 23.

REFERENCE RE PUBLIC SCHOOLS ACT (MAN.), s. 79(3), (4) AND (7), 839.

5. Charter of Rights — Minority language educational rights — Right of "management and control" — Section 23 of Charter of

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

Rights conferring upon minority language parents a right to manage and control minority language educational facilities — Whether Manitoba Public Schools Act meets s. 23's requirement — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 23 — The Public Schools Act, R.S.M. 1987, c. P250, s. 79(3), (4), (7).

REFERENCE RE PUBLIC SCHOOLS ACT (MAN.), s. 79(3), (4) AND (7), 839.

6. Charter of Rights — Fundamental justice — Remedy — Trial judge staying proceedings on narcotics charges — Issue of whether s. 7 of Charter was violated and of appropriate remedy not properly dealt with by trial judge — Quashing of stays upheld — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. v. DOUGLAS; R. v. MYERS, 893.

7. Charter of Rights — Right to counsel — Examinations at port of entry by immigration officer — Convention refugee claimant — Secondary examination — Whether claimant detained and having right to counsel under s. 10(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

DEGHANI v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATIONP), 1053.

8. Charter of Rights — Fundamental justice — Right to counsel — Examinations at port of entry by immigration officer — Convention refugee claimant — Secondary examination — Whether claimant having right to counsel under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

DEGHANI v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION), 1053.

9. Charter of Rights — Trial within reasonable time — Delays in provision of legal aid through no fault of recipient — No unreasonable delay given special circumstances and complexity and length of the cases.

R. v. SCHIEWE, 1134.

CONTRACTS

Breach of contract — Hydro awarding contract to erect transmission towers and string transmission lines — Contract stating that right-of-way would be cleared by others — Right-of-way not properly cleared — Hydro liable for damages for breach of contract.

BG CHECO INTERNATIONAL LTD. v. BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY, 12.

CORPORATIONS

1. Powers — Corporate objects stipulating that companies to build and manage low-rental housing projects — CMHC lending companies money for construction and management of projects — Operating agreements prohibiting subsequent sale or mortgage of projects without CMHC's approval as mandated by statute — Operating agreements incorporated as part of mortgages — Second mortgages incurred and sales effected without CMHC's approval — Whether second mortgages *ultra vires* companies' powers — Whether corporate *vires* doctrine applicable — National Housing Act, 1954, S.C. 1953-54, c. 23, s. 16 — Companies Act, R.S.A. 1980, c. C-20, s. 20(1)(h).

HONGKONG BANK OF CANADA v. WHEELER HOLDINGS LTD., 167.

2. Directors — Liability to employees — Pay in lieu of notice of dismissal — Directors of insolvent corporation held personally liable for sums awarded by court as pay in lieu of notice — Whether these sums "debts . . . for services performed for the corporation" within meaning of s. 114(1) of Canada Business Corporations Act — Canada Business Corporations Act, S.C. 1974-75-76, c. 33, s. 114(1).

BARRETTE v. CRABTREE ESTATE, 1027.

COURTS

1. Stare decisis — Supreme Court of Canada — Prior inconsistent statements admissible only to impeach witness's credibility — Whether common law rule as to use of prior inconsistent statements should be changed — If so, whether change to be made by Parliament rather than the courts.

R. v. B. (K.G.), 740.

2. Appropriate forum — Action commenced in U.S. courts — Plaintiffs largely resident in Canada — Most of corporate defendants with some connection with state where action brought — Anti-suit injunction sought in Canadian courts to prevent action in U.S. courts — Principles governing the determination of appropriate forum and governing comity between courts — Whether or not an injunction appropriate.

AMCHEM PRODUCTS INC. v. BRITISH COLUMBIA (WORKERS' COMPENSATION BOARD), 897.

CRIMINAL LAW

1. Extraordinary remedies — *Certiorari* — Availability — Provincial Court Judge dismissing accused's application, brought prior to election, to quash information on grounds of insufficiency — Whether certiorari available to review Provincial Court Judge's decision.

R. v. WEBSTER, 3.

CRIMINAL LAW—Continued

2. Information — Validity — Provincial Court Judge dismissing accused's application, brought prior to election, to quash information on grounds of insufficiency — Whether information an absolute nullity — Whether *certiorari* available to review Provincial Court Judge's decision.

R. v. WEBSTER, 3.

3. Second degree murder — Defences — *Mens rea* and *actus rea* — Accused and victim intoxicated — Accused strangling victim but blacking out before death occurred — Whether subjective intent to cause bodily harm — Whether subjective knowledge that the bodily harm is of such a nature that it is likely to result in death — Whether *mens rea* coincided with *actus rea* — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 212(a)(ii).

R. v. COOPER, 146.

4. Appeals — Appeal from acquittal — Standard of appellate review — Court of Appeal not misstating standard by requiring only that Crown show that jury's verdict might have been different had it been properly instructed.

R. v. MACKENZIE, 212.

5. Evidence — Charge to jury — Accused making incriminating statement to police — Accused stating at trial that his "confession" was in fact a recounting of second-hand knowledge — Trial judge instructing jury to reject accused's statement to police if they had any reasonable doubt about it — Whether trial judge's charge misleading.

R. v. MACKENZIE, 212.

6. Appeals to Supreme Court of Canada — Crown appeals — Accused abandoning one of his grounds of appeal — Court refusing to hear Crown's arguments on point since Crown had not cross-appealed — Crown precluded from cross-appealing in view of its overall success in court below — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 693(1).

R. v. MACKENZIE, 212.

7. Trial — Charge to jury — Comments on closing addresses of counsel — Beginning of trial judge's charge to jury amounting to a reply to defence counsel's closing address — Miscarriage of justice — New trial ordered — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(iii).

R. v. POULIOT, 456.

8. Defences — Issue of self-induced intoxication resulting in automatism not live here — Case of intoxication.

R. v. HONISH, 458.

9. Appeals to Supreme Court of Canada — Appeal as of right from conviction — Dissent in Court of Appeal not on question of

CRIMINAL LAW—Continued

law — Appeal dismissed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 691(1)(a).

R. v. JONES, 460.

10. Trial — Charge to jury — Sexual assault — Consent — Trial judge adequately instructing jury as to force vitiating consent.

R. v. PITT, 466.

11. Procedure — Jury — Judge exhorting jury to come to verdict — Whether Court of Appeal correctly finding trial judge's exhortation to be in error.

R. v. ALKERTON, 468.

12. Evidence — Children — Exceptions to hearsay rule — Capacity of children to testify — Whether trial judge erred in failing to inquire into three-year-old child's capacity to testify before admitting mother's hearsay evidence — Whether conviction should nonetheless be upheld — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. P. (J.), 469.

13. Wilfully obstructing peace officer — Street vendor disobeying peace officer's order to remove wares from sidewalk — Peace officer seeking to enforce municipal by-law later found to be *ultra vires* — Whether conviction for obstructing a peace officer can stand — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 129.

R. v. SHARMA, 650.

14. Curative provision allowing for verdict to stand notwithstanding error of law — Charge to jury not indicating use to which evidence could be put — Evidence highly prejudicial and tending to show bad character likely to commit offence — Whether Criminal Code's curative provision should apply — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. B. (F.F.), 697.

15. Evidence — Prior inconsistent statements — Admissibility — Witnesses' videotaped statements to police implicating accused as the murderer — Witnesses recanting statements at trial — Whether prior inconsistent statements admissible as evidence of the truth of their contents — Whether common law rule as to use of prior inconsistent statements should be changed — Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 9.

R. v. B. (K.G.), 740.

16. Obstructing a police officer — Police officers going to accused's house to enforce noise by-law — Officers invited into house by accused's guests — Police not leaving house when requested to do so by accused — Accused's subsequent arrest for

CRIMINAL LAW—Concluded

obstructing a police officer unlawful — Police having no right to remain in accused's house following revocation of invitation.

R. v. THOMAS, 835.

17. Sexual assault — Defences — Duress — Appellant's common law spouse ordering her pre-teen son to have intercourse with her — Appellant making statement to police indicating that she touched her son's penis — Appellant also testifying that she was afraid of common law spouse — Appellant a co-perpetrator of, rather than a party to, assaults — Defence of duress not applicable because only relevant where accused liable as a party only.

R. v. P. (V.L.), 837.

18. Dangerous driving — Mens rea — Objective or subjective standard — Motorist killed by truck driving through intersection as light turned red — Trucker thinking not possible to stop — Evidence that trucker's driving outside the norm — Whether objective or subjective standard should apply — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 233(1), (4), as am. by S.C. 1985, c. 19, s. 36 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 249(1), (4)).

R. v. HUNDAL, 867.

19. Appeal — Unreasonable verdict — Accused convicted of manslaughter — Court of Appeal overturning conviction — Trial judge's conclusion that accused inflicted fatal injuries not unreasonable — Conviction restored.

R. v. STEEVES, 1136.

EVIDENCE

Admissibility — Similar fact evidence — Highly prejudicial evidence tending to show bad character likely to commit offence — Sexual and physical abuse of minor — Evidence by brothers of violence in home — Whether evidence inadmissible as being oath-helping evidence — Whether evidence inadmissible because irrelevant to any issue other than the appellant's character or because prejudicial value outweighed probative value — If admissible, whether jury should have been given special instructions about its permissible use.

R. v. B. (F.F.), 697.

FAMILY LAW

Trusts — Constructive trust — Long-term common law relationship — Unpaid homemaker — Homemaker maintaining and improving property — Whether proprietary link necessary to constructive trust established — Whether consideration to be given to

FAMILY LAW—Concluded

the extent to which the remedy of constructive trust should be applied in terms of amount or proportion.

PETER V. BEBLOW, 980.

IMMIGRATION

Examinations at port of entry by immigration officer — Convention refugee claimant — Secondary examination — Whether claimant having right to counsel under ss. 7 or 10(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

DEGHANI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION), 1053.

INCOME TAX

1. Enforcement — Search and seizure — Warrant authorizing search and seizure executed — Provision of Income Tax Act authorizing issuance of warrants restricting judicial discretion to issue warrants — Whether s. 231.3 of the Income Tax Act infringing ss. 7 and 8 of the Charter — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231.3 (ad. S.C. 1986, c. 6, s. 121) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

BARON V. CANADA, 416.

2. Deductions — Use of recreational facilities — Taxpayer incurring travel and entertainment expenses in hosting customers and employees at fishing lodge — Whether expenses deductible — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 18(1)(i).

SIE-MAC PIPELINE CONTRACTORS LTD. V. M.N.R., 895.

INSURANCE

1. Liability — Policy a hybrid of "claims-made" and "occurrence" policies — Subsequent claim arising out of same negligent act — Whether successive claims for damages arising out of the same negligent act constituting separate claims — If so, whether the second claim in this case was made during the currency of the policy.

REID CROWTHER & PARTNERS LTD. V. SIMCOE & ERIE GENERAL INSURANCE CO., 252.

2. Disability insurance — Cessation of disability — Burden of proof — Payments already made under policy — Point at which

INSURANCE—Concluded

insurer's payments may be interrupted — Civil Code of Lower Canada, art. 1203.

CAISSE POPULAIRE DE MANIWAKI V. GIROUX, 282.

JUDICIAL REVIEW

Standard of review — Curial deference toward specialized tribunals — Whether Federal Court of Appeal erred in holding that any error of law by human rights tribunal reviewable — Whether Tribunal committed such an error of law in interpreting "family status" as including a same-sex relationship — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. MOSSOP, 554.

LABOUR RELATIONS

1. Judicial review — Excess of jurisdiction — Arbitration — Dismissal due to lack of funds — Whether refusal by arbitrator to admit relevant and admissible evidence necessarily a breach of rules of natural justice — New arbitration before another arbitrator.

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À TROIS-RIVIÈRES V. LAROCQUE, 471.

2. Public Service — Federal government adopting work force adjustment policy — Policy requiring departments to terminate contract services to facilitate redeployment of surplus employees — Federal government department contracting out work to reduce person-years — Board ruling in favour of union's reference alleging that contracting out was contrary to policy and to collective agreement — Whether Board's decision patently unreasonable.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA, 941.

MARITIME LAW

1. Collision — Limitation of liability — Actual fault or privity — Corporate identification — Navigational error by lead tug captain, acting as master of flotilla, causing collision between tow barge and moored ship — Whether corporate tug owners entitled to limit liability — Whether fault of tug master fault of corporation — Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, s. 647(2).

RHÔNE (THE) V. PETER A.B. WIDENER (THE), 497.

2. Collision — Limitation of liability — Appropriate unit of limitation — Navigational error by lead tug captain, acting as

MARITIME LAW—Concluded

master of flotilla, causing collision between tow barge and moored ship — Vessels in flotilla belonging to different shipowners — Whether limitation of liability provisions in Canada Shipping Act applicable to limit lead tug owner's liability — If so, whether all vessels of lead tug owner in flotilla should be taken into account in determining extent of liability — Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, s. 647(2).

RHÔNE (THE) V. PETER A.B. WIDENER (THE), 497.

MORTGAGES

Conditions — CMHC lending money to "limited dividend" housing companies for construction and management of low-rental housing projects — Operating agreements prohibiting subsequent sale or mortgage of projects without CMHC's approval as mandated by statute — Operating agreements incorporated as part of mortgages — Second mortgages incurred and sales effected without CMHC's approval — Whether CMHC can impeach subsequent mortgages and sales on basis of statutorily mandated contractual terms prohibiting sale or disposition of projects — Whether equitable "clean hands" doctrine applicable — Whether second mortgages and sales illegal contracts — Whether purchasers had right to redeem projects on payment of amounts outstanding under first mortgages — National Housing Act, 1954, S.C. 1953-54, c. 23, s. 16(4)(g); (h).

HONGKONG BANK OF CANADA V. WHEELER HOLDINGS LTD., 167.

MUNICIPAL LAW

1. Municipal by-laws — Validity — Municipal by-law scheme purporting to license street vending — Licences for sidewalk use available only to owners or occupiers of abutting property — Whether distinction between street vendors and owner/occupant vendors authorized by legislation — Municipality of Metropolitan Toronto By-laws 97-80, 211-74 — City of Toronto By-law 618-80 — Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45, s. 310.

R. V. SHARMA, 650.

2. Municipal by-laws — Validity — Metro by-law prohibiting exposing of goods on road allowance without a licence — Whether by-law ultra vires municipality in that it is not authorized by enabling legislation — Municipality of Metropolitan Toronto By-law 211-74, s. 11 — Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45, ss. 102; 210, paras. 73, 140; 314(1), para. 1.

R. V. GREENBAUM, 674.

PRACTICE

1. Intervention — New issues — Supreme Court of Canada — Motion to prohibit intervener from presenting argument on federal peace, order and good government power — Intervener not entitled to widen or add to points in issue — Motion granted.

R. V. MORGENTALER, 462.

2. Supreme Court of Canada — Applications to intervene — Public interest groups establishing interest in outcome of appeal and offering useful and novel submissions — Groups granted leave to intervene — Private individual having no stake in result of appeal — Individual denied leave to intervene — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, r. 18.

R. V. FINTA, 1138.

PREROGATIVE WRITS

Injunctions — Appropriate forum for bringing action — Action commenced in U.S. courts — Plaintiffs largely resident in Canada — Most of corporate defendants with some connection with state where action brought — Anti-suit injunction sought in Canadian courts to prevent action in U.S. courts — Whether or not an injunction appropriate.

AMCHEM PRODUCTS INC. V. BRITISH COLUMBIA (WORKERS' COMPENSATION BOARD), 897.

SOCIAL WELFARE

1. Social assistance — Overpayments — Manitoba making deductions from social assistance payments in order to recover overpayments — Provinces required to "take into account the basic requirements" of persons in need in order to be eligible for federal cost sharing — Whether deductions violate Canada Assistance Plan or agreement between Manitoba and federal government — Canada Assistance Plan, R.S.C., 1985, c. C-1, s. 6(2)(a), (b) — Social Allowances Act, R.S.M. 1987, c. S160, s. 20(3).

FINLAY V. CANADA (MINISTER OF FINANCE), 1080.

2. Social assistance — Rates — Manitoba allowing municipalities to set own rates of assistance — Whether practice violates Canada Assistance Plan — Canada Assistance Plan, R.S.C., 1985, c. C-1, s. 4.

FINLAY V. CANADA (MINISTER OF FINANCE), 1080.

TORTS

1. Negligence — Negligent misrepresentation — Concurrent liability in tort and contract — Hydro calling for tenders to erect transmission towers and string transmission lines — Tender documents stating that right-of-way would be cleared by others — Parties incorporating tender documents into contract — Right-of-way not properly cleared — Whether plaintiff can sue in tort if duty relied on is also made a contractual duty by an express term of the contract — If so, whether terms of contract excluded Hydro's potential liability for misrepresentation.

BG CHECO INTERNATIONAL LTD. V. BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY, 12.

2. Negligence — Negligent misrepresentation — Duty of care — Employer's representative allegedly making negligent misrepresentations to prospective employee during hiring interview — Whether employer or representative owed prospective employee a duty of care — If so, whether duty of care breached — Effect of subsequent employment agreement allowing termination without cause and reassignment.

QUEEN V. COGNOS INC., 87.

3. Damages — Calculation — Self-employed person — Calculation based on after-tax cost of replacement labour — Whether acceptable method of assessing appellant's pecuniary damages.

ENGEL V. SALYN, 306.

4. Damages — Mitigation — Tort victim refusing further tests — Expert medical opinion recommending conservative treatment — Whether appellant's refusal of medical treatment arbitrary or unreasonable resulting in failure to mitigate damages.

ENGEL V. SALYN, 306.

TRUSTS

Constructive trust — Long-term common law relationship — Unpaid homemaker — Homemaker maintaining and improving property — Whether proprietary link necessary to constructive trust established — Whether consideration to be given to the extent to which the remedy of constructive trust should be applied in terms of amount or proportion.

PETER V. BEBLOW, 980.

INDEX

APPEL

1. Caractère théorique — L'intimé soutient que les points soulevés dans le pourvoi ont en grande partie été tranchés par un arrêt de la Cour suprême du Canada rendu peu après la décision de la Cour d'appel — Le pourvoi devant la Cour suprême revêt-il un caractère théorique?

RENVOI RELATIF À LA LOI SUR LES ÉCOLES PUBLIQUES (MAN.), ART. 79(3), (4) ET (7), 839.

2. Autorisation de pourvoi — Cour suprême du Canada — Refus d'autorisation d'appel par la Cour d'appel sur des questions découlant de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies — L'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada peut-elle être accordée? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. (1985), ch. C-36, art. 15.

WESTAR MINING LTD. (RE), 890.

ASSURANCE

1. Responsabilité — Police tenant à la fois d'une police «sur la base des réclamations» et d'une police «sur la base des événements» — Réclamation subséquente découlant du même acte négligent — Des réclamations successives en dommages-intérêts découlant du même acte négligent constituent-elles des réclamations distinctes? — Dans l'affirmative, la seconde réclamation présentée en l'espèce a-t-elle été faite pendant la durée de validité de la police?

REID CROWTHER & PARTNERS LTD. C. SIMCOE & ERIE GENERAL INSURANCE CO., 252.

2. Assurance-invalidité — Cessation d'invalidité — Fardeau de la preuve — Versements déjà effectués en vertu de la police — Moment où les versements de l'assureur peuvent être interrompus — Code civil du Bas-Canada, art. 1203.

CAISSE POPULAIRE DE MANIWAKI C. GIROUX, 282.

BIEN-ÊTRE SOCIAL

1. Aide sociale — Paiements en trop — Retenues effectuées par le Manitoba sur des paiements d'aide sociale afin de récupérer des sommes versées en trop — Provinces tenues de fournir une

BIEN-ÊTRE SOCIAL—Fin

aide qui soit «compatible» avec les «besoins fondamentaux» des personnes nécessiteuses pour avoir droit au partage des frais par le gouvernement fédéral — Les retenues contreviennent-elles au Régime d'assistance publique du Canada ou à l'accord intervenu entre le Manitoba et le gouvernement fédéral? — Régime d'assistance publique du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-1, art. 6(2)a), b) — Loi sur l'aide sociale, L.R.M. 1987, ch. S160, art. 20(3).

FINLAY C. CANADA (MINISTRE DES FINANCES), 1080.

2. Aide sociale — Taux — Manitoba permettant aux municipalités de fixer leurs propres taux d'assistance — Cette pratique contrevient-elle au Régime d'assistance publique du Canada? — Régime d'assistance publique du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-1, art. 4.

FINLAY C. CANADA (MINISTRE DES FINANCES), 1080.

BREFS DE PRÉROGATIVE

Injonctions — Tribunal approprié devant lequel intenter l'action — Action intentée devant des tribunaux américains — Demandeurs résidant pour la plupart au Canada — Liens de la plupart des sociétés défenderesses avec l'État où a été intentée l'action — Injonction interdisant des poursuites demandée à des tribunaux canadiens afin d'empêcher une action devant les tribunaux américains — Une injonction est-elle appropriée?

AMCHEM PRODUCTS INC. C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (WORKERS' COMPENSATION BOARD), 897.

COMPAGNIES

1. Pouvoirs — Sociétés immobilières ayant pour objet explicite de construire et d'administrer des ensembles d'habitation HLM — Prêts consentis par la SCHL à ces sociétés pour la construction et la gestion d'ensembles d'habitation — Accords d'exploitation interdisant conformément à la loi toute vente ou hypothèque subséquentes sans l'approbation de la SCHL — Accords d'exploitation incorporés dans les actes d'hypothèque — Hypothèques de second rang consenties et ventes effectuées sans le consentement de la SCHL — Les hypothèques de second rang excédaient-elles les pouvoirs des sociétés? — La théorie de l'excès de

COMPAGNIES—Fin

pouvoir par une personne morale s'applique-t-elle? — Loi nationale de 1954 sur l'habitation, S.C. 1953-54, ch. 23, art. 16 — Companies Act, R.S.A. 1980, ch. C-20, art. 20(1)h).

BANQUE HONGKONG DU CANADA C. WHEELER HOLDINGS LTD., 167.

2. Administrateurs — Responsabilité envers les employés — Indemnité de cessation d'emploi — Administrateurs d'une société insolvable tenus personnellement responsables pour les sommes allouées par un tribunal à titre d'indemnité de cessation d'emploi — Ces sommes constituent-elles des «dettes résultant de l'exécution [...] de services au profit de la société» au sens de l'art. 114(1) de la Loi sur les sociétés commerciales canadiennes? — Loi sur les sociétés commerciales canadiennes, S.C. 1974-75-76, ch. 33, art. 114(1).

BARRETTE C. CRABTREE (SUCCESSION DE), 1027.

CONTRATS

Inexécution de contrat — Contrat accordé par Hydro pour l'érection de pylônes et la pose de lignes de transport d'électricité — Contrat stipulant que l'emprise serait déboisée par d'autres — Emprise mal déboisée — Hydro responsable en dommages-intérêts pour inexécution de contrat.

BG CHECO INTERNATIONAL LTD. C. BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY, 12.

CONTRÔLE JUDICIAIRE

Norme de contrôle — Retenue judiciaire envers les tribunaux spécialisés — La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a statué que toute erreur de droit commise par un tribunal des droits de la personne est susceptible de révision? — Le tribunal a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a statué que l'expression «situation de famille» comprend une relation entre deux personnes de même sexe? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MOSSOP, 554.

DROIT ADMINISTRATIF

Contrôle judiciaire — Compétence — Commission des relations de travail dans la fonction publique — Norme de contrôle — La Commission avait-elle compétence pour entendre le renvoi dont l'a saisie le syndicat? — La décision de la Commission concernant

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

sa compétence doit-elle être juste ou la norme relative aux décisions manifestement déraisonnable s'applique-t-elle?

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA, 941.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Application de la Charte — Législatures provinciales — Privilèges parlementaires — Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse refusant aux médias l'accès à la tribune du public pour filmer les débats avec leurs propres caméras — La Charte s'applique-t-elle à une assemblée législative? — L'exercice de privilèges par des membres d'une assemblée législative est-il assujéti à un examen fondé sur la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32(1)b).

NEW BRUNSWICK BROADCASTING CO. C. NOUVELLE-ÉCOSSE (PRÉSIDENT DE L'ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE), 319.

2. Charte des droits — Liberté d'expression — Législature provinciale refusant aux médias l'accès à la tribune du public pour filmer les débats avec leurs propres caméras — Ce refus porte-t-il atteinte à la garantie de liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

NEW BRUNSWICK BROADCASTING CO. C. NOUVELLE-ÉCOSSE (PRÉSIDENT DE L'ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE), 319.

3. Privilèges parlementaires — Législatures provinciales — Les privilèges d'une législature provinciale font-ils partie de la Constitution du Canada? — Loi constitutionnelle de 1867, préambule.

NEW BRUNSWICK BROADCASTING CO. C. NOUVELLE-ÉCOSSE (PRÉSIDENT DE L'ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE), 319.

4. Charte des droits — Droits à l'instruction dans la langue de la minorité — Établissements d'enseignement — Le droit à l'instruction dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique comprend-il le droit à des lieux physiques distincts? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 23.

RENOVI RELATIF À LA LOI SUR LES ÉCOLES PUBLIQUES (MAN.), ART. 79(3), (4) ET (7), 839.

5. Charte des droits — Droits à l'instruction dans la langue de la minorité — Droit de «gestion et de contrôle» — L'article 23 de la Charte des droits confère aux parents appartenant à un groupe linguistique minoritaire un droit de gestion et de contrôle à l'égard des établissements d'enseignement de la minorité linguistique — La Loi sur les écoles publiques du Manitoba satisfait-elle à l'exigence de l'art. 23? — Charte canadienne des droits et libertés,

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

art. 23. — Loi sur les écoles publiques, L.R.M. 1987, ch. P250, art. 79(3), (4), (7).

RENVOI RELATIF À LA LOI SUR LES ÉCOLES PUBLIQUES (MAN.), ART. 79(3), (4) ET (7), 839.

6. Charte des droits — Justice fondamentale — Réparation — Arrêt des procédures relatives à des accusations en matière de stupéfiants ordonné par le juge du procès — Le juge du procès n'a pas bien examiné la question de savoir s'il y a eu violation de l'art. 7 de la Charte, ni celle de la réparation convenable — Annulation des arrêts de procédures confirmée — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. C. DOUGLAS; R. C. MYERS, 893.

7. Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Examens qu'un agent d'immigration fait subir à un point d'entrée — Revendicateur du statut de réfugié au sens de la Convention — Examen secondaire — Le revendicateur a-t-il été détenu et avait-il droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés?

DEGHANI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), 1053.

8. Charte des droits — Justice fondamentale — Droit à l'assistance d'un avocat — Examens qu'un agent d'immigration fait subir à un point d'entrée — Revendicateur du statut de réfugié au sens de la Convention — Examen secondaire — Le revendicateur avait-il droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

DEGHANI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), 1053.

9. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délais dans la prestation d'aide juridique non attribuables au bénéficiaire — Aucun délai déraisonnable compte tenu des circonstances particulières et de la complexité et de la longueur des affaires.

R. C. SCHIEWE, 1134

DROIT CRIMINEL

1. Recours extraordinaires — *Certiorari* — Possibilité de recourir au *certiorari* — Rejet par un juge de la Cour provinciale de la demande que l'accusé a faite avant d'effectuer un choix en vue d'obtenir l'annulation de la dénonciation pour cause d'insuffisance de détails — Peut-on recourir au *certiorari* pour contrôler la décision du juge de la Cour provinciale?

R. C. WEBSTER, 3.

2. Dénonciation — Validité — Rejet par un juge de la Cour provinciale de la demande que l'accusé a faite avant d'effectuer un

DROIT CRIMINEL—Suite

choix en vue d'obtenir l'annulation de la dénonciation pour cause d'insuffisance de détails — La dénonciation est-elle entachée de nullité absolue? — Peut-on recourir au *certiorari* pour contrôler la décision du juge de la Cour provinciale?

R. C. WEBSTER, 3.

3. Meurtre au deuxième degré — Moyens de défense — *Mens rea* et *actus rea* — Accusé et victime en état d'ébriété — L'accusé a étranglé la victime mais a perdu conscience avant que survienne le décès — Y avait-il intention subjective de causer des lésions corporelles? — Y avait-il connaissance subjective que les lésions corporelles étaient de nature à causer la mort? — Y avait-il concomitance entre la *mens rea* et l'*actus rea*? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 212a)(ii).

R. C. COOPER, 146.

4. Appels — Appel d'un acquittement — Norme d'examen en appel — La Cour d'appel n'a pas mal formulé la norme en exigeant seulement que le ministère public établisse que le verdict du jury aurait pu être différent s'il avait reçu des directives appropriées.

R. C. MACKENZIE, 212.

5. Preuve — Exposé au jury — Déclaration incriminante de l'accusé à la police — Affirmation de l'accusé au procès que sa «confession» était en réalité une reconstitution d'après une connaissance indirecte — Directive du juge aux membres du jury de rejeter la déclaration de l'accusé aux policiers s'ils avaient un doute raisonnable à son sujet — L'exposé a-t-il induit le jury en erreur?

R. C. MACKENZIE, 212.

6. Appels à la Cour suprême du Canada — Appels du ministère public — Abandon d'un des moyens d'appel de l'accusé — Refus de la Cour d'entendre les arguments du ministère public sur le point puisque celui-ci n'a pas interjeté d'appel incident — Ministère public empêché d'interjeter un appel incident à cause de sa victoire globale devant la juridiction inférieure — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 693(1).

R. C. MACKENZIE, 212.

7. Procès — Exposé au jury — Commentaires sur les plaidoiries des avocats — Début de l'exposé du juge du procès au jury équivalant à une réplique à la plaidoirie de la défense — Erreur judiciaire — Nouveau procès ordonné — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(iii).

R. C. POULIOT, 456.

8. Moyens de défense — La question de l'intoxication volontaire entraînant des automatismes ne se pose pas — Cas d'intoxication.

R. C. HONISH, 458.

DROIT CRIMINEL—Suite

9. Appels devant la Cour suprême du Canada — Appel de plein droit d'une déclaration de culpabilité — Dissidence en Cour d'appel ne portant pas sur une question de droit — Appel rejeté — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1)a.

R. C. JONES, 460.

10. Procès — Exposé au jury — Agression sexuelle — Consentement — Directives adéquates données au jury par le juge du procès quant à la force nécessaire pour rendre nul le consentement.

R. C. PITT, 466.

11. Procédure — Jury — Juge exhortant le jury à en arriver à un verdict — La Cour d'appel a-t-elle eu raison de conclure que l'exhortation du juge du procès était erronée?

R. C. ALKERTON, 468.

12. Preuve — Enfants — Exceptions à l'exclusion du ouï-dire — Capacité de témoigner des enfants — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant de vérifier si une enfant de trois ans était apte à témoigner avant d'admettre la preuve par ouï-dire de la mère? — La déclaration de culpabilité devrait-elle quand même être maintenue? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b(iii).

R. C. P. (J.), 469.

13. Entrave volontaire au travail d'un agent de la paix — Défait d'un vendeur ambulancier d'obtempérer à l'ordre d'un agent de la paix d'enlever ses marchandises du trottoir — L'agent de la paix essayait d'appliquer un règlement municipal qui a été jugé ultra vires par la suite — La déclaration de culpabilité d'entrave au travail d'un agent de la paix peut-elle tenir? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 129.

R. C. SHARMA, 650.

14. Disposition réparatrice permettant de maintenir le verdict malgré l'existence d'une erreur de droit — L'exposé du juge au jury ne précisait pas l'utilisation qui pouvait être faite des témoignages — Témoignages fort préjudiciables tendant à établir qu'une personne de mauvaise moralité est susceptible de commettre une infraction — La disposition réparatrice du Code criminel devrait-elle s'appliquer? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b(iii).

R. C. B. (F.F.), 697.

15. Preuve — Déclarations antérieures incompatibles — Admissibilité — Déclarations de témoins aux policiers, enregistrées sur bande vidéo, désignant l'accusé comme le meurtrier — Rétractation des témoins au procès — Les déclarations antérieures incompatibles sont-elles admissibles comme preuve de la véracité de leur contenu? — La règle de common law relative à l'utilisation de

DROIT CRIMINEL—Fin

déclarations antérieures incompatibles devrait-elle être modifiée? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 9.

R. C. B. (K.G.), 740.

16. Entrave au travail d'un policier — Policiers appelés à la maison de l'accusée pour faire respecter un règlement sur le bruit — Policiers invités à entrer par les invités de l'accusée — Policiers refusant de quitter comme le demandait l'accusée — Arrestation subséquente de l'accusée pour entrave au travail d'un policier — Arrestation illégale — Les policiers n'avaient pas le droit de rester dans la maison après la révocation de l'invitation.

R. C. THOMAS, 835.

17. Agression sexuelle — Moyens de défense — Contrainte — Conjoint de fait de l'appelante ayant ordonné au fils pré-adolescent de cette dernière d'avoir des relations sexuelles avec elle — Appelante ayant déclaré à la police avoir touché le pénis de son fils — Appelante ayant aussi témoigné qu'elle avait peur du conjoint de fait — Appelante coauteur des agressions plutôt qu'ayant participé à celles-ci — Moyen de défense de contrainte ne s'appliquant que lorsque l'accusé est responsable en tant que partie seulement.

R. C. P. (V.L.), 837.

18. Conduite dangereuse — Mens rea — Norme objective ou norme subjective — Automobiliste tué par un camion qui traversait une intersection au moment où le feu est devenu rouge — Camionneur se croyant dans l'impossibilité d'arrêter — Éléments de preuve établissant que la façon de conduire du camionneur s'écartait de la norme — Y a-t-il lieu d'appliquer une norme objective ou subjective? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 233(1), (4), mod. par S.C. 1985, ch. 19, art. 36 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 249(1), (4)).

R. C. HUNDAL, 867.

19. Appel — Verdict déraisonnable — Accusé déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Déclaration de culpabilité annulée par la Cour d'appel — Caractère non déraisonnable de la conclusion du juge du procès que l'accusé a infligé des blessures fatales — Déclaration de culpabilité rétablie.

R. C. STEEVES, 1136

DROIT DE LA FAMILLE

Fiducies — Fiducie par interprétation — Union de fait de longue durée — Personne au foyer non rémunérée — Entretien et amélioration de la propriété par la personne au foyer — Doit-on établir qu'il existe un lien avec le bien avant que puisse être accordée la fiducie par interprétation? — Y a-t-il lieu d'examiner quelle

DROIT DE LA FAMILLE—Fin

devrait être l'étendue de la fiducie par interprétation, sous le rapport du montant ou de la proportion?

PETER C. BEBLOW, 980.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Tribunaux — Action intentée devant des tribunaux américains — Demandeurs résidant pour la plupart au Canada — Liens de la plupart des sociétés défenderesses avec l'État où a été intentée l'action — Injonction interdisant des poursuites demandée à des tribunaux canadiens afin d'empêcher une action devant les tribunaux américains — Principes régissant la détermination du tribunal approprié et la courtoisie entre tribunaux — Une injonction est-elle appropriée?

AMCHEM PRODUCTS INC. C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (WORKERS' COMPENSATION BOARD), 897.

DROIT MARITIME

1. Collision — Limitation de responsabilité — Faute ou complicité réelle — Identification à la personne morale — Erreur de navigation commise par le capitaine du remorqueur de tête, qui avait le commandement d'une flottille, à l'origine d'une collision entre la péniche remorquée et un navire amarré — La personne morale propriétaire du remorqueur a-t-elle le droit de limiter sa responsabilité? — La faute du capitaine du remorqueur est-elle celle de la personne morale? — Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, ch. S-9, art. 647(2).

RHÔNE (LE) C. PETER A.B. WIDENER (LE), 497.

2. Collision — Limitation de responsabilité — Unité de mesure appropriée pour fixer l'étendue de la limitation — Erreur de navigation commise par le capitaine du remorqueur de tête, qui avait le commandement d'une flottille, à l'origine d'une collision entre la péniche remorquée et un navire amarré — Navires de la flottille appartenant à des propriétaires différents — Les dispositions en matière de limitation de responsabilité que contient la Loi sur la marine marchande du Canada peuvent-elles s'appliquer pour limiter la responsabilité du propriétaire du remorqueur de tête? — Dans l'affirmative, doit-on tenir compte de tous les navires de la flottille appartenant au propriétaire pour déterminer l'étendue de la responsabilité? — Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, ch. S-9, art. 647(2).

RHÔNE (LE) C. PETER A.B. WIDENER (LE), 497.

DROIT MUNICIPAL

1. Règlements municipaux — Validité — Régime de réglementation municipale ayant pour objet d'assujettir la vente dans les rues à la délivrance d'un permis — Seuls les propriétaires ou les occupants d'un bien-fonds attenant peuvent obtenir l'autorisation d'utiliser les trottoirs — La distinction entre les vendeurs ambulants et les vendeurs propriétaires-occupants est-elle autorisée par la loi? — Règlements 97-80 et 211-74 de la municipalité de la communauté urbaine de Toronto — Règlement 618-80 de la ville de Toronto — Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45, art. 310.

R. C. SHARMA, 650.

2. Règlements municipaux — Validité — Règlement de la municipalité de la communauté urbaine interdisant l'étalage sans permis de marchandises sur une route — Le règlement excède-t-il les pouvoirs de la municipalité pour le motif que son adoption n'est pas autorisée par une loi habilitante? — Règlement 211-74 de la municipalité de la communauté urbaine de Toronto, art. 11 — Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45, art. 102; 210, disp. 73, 140; 314(1), disp. 1.

R. C. GREENBAUM, 674.

FIDUCIES

Fiducie par interprétation — Union de fait de longue durée — Personne au foyer non rémunérée — Entretien et amélioration de la propriété par la personne au foyer — Doit-on établir qu'il existe un lien avec le bien avant que puisse être accordée la fiducie par interprétation? — Y a-t-il lieu d'examiner quelle devrait être l'étendue de la fiducie par interprétation, sous le rapport du montant ou de la proportion?

PETER C. BEBLOW, 980.

HYPOTHÈQUES

Conditions — Prêts consentis par la SCHL à des sociétés immobilières «à dividendes limités» pour la construction et la gestion d'ensembles d'habitation HLM — Accords d'exploitation interdisant conformément à la loi toute vente ou hypothèque subséquentes sans l'approbation de la SCHL — Accords d'exploitation incorporés dans les actes d'hypothèque — Hypothèques de second rang consenties et ventes effectuées sans le consentement de la SCHL — La SCHL peut-elle contester les hypothèques et les ventes subséquentes en invoquant des conditions contractuelles, prescrites par une loi, interdisant la vente ou l'aliénation de l'ensemble d'habitation? — La théorie d'equity de la conduite irréprochable s'applique-t-elle? — Les hypothèques de second rang et les ventes constituent-elles des contrats illégaux? — Les acquéreurs avaient-ils le droit de racheter les ensembles d'habitation une

HYPOTHÈQUES—Fin

fois payées les dettes hypothécaires de premier rang? — Loi nationale de 1954 sur l'habitation, S.C. 1953-54, ch. 23, art. 16(4)g, h).

BANQUE HONGKONG DU CANADA C. WHEELER HOLDINGS LTD., 167.

IMMIGRATION

Examens qu'un agent d'immigration fait subir à un point d'entrée — Revendicateur du statut de réfugié au sens de la Convention — Examen secondaire — Le revendicateur avait-il droit à l'assistance d'un avocat en vertu des art. 7 ou 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés?

DEGHANI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), 1053

IMPÔT SUR LE REVENU

1. Mise en application — Perquisition et saisie — Exécution d'un mandat qui autorise une perquisition et une saisie — Restriction du pouvoir discrétionnaire judiciaire de décerner des mandats par une disposition de la Loi de l'impôt sur le revenu qui autorise la délivrance de mandats — L'article 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu porte-t-il atteinte aux art. 7 et 8 de la Charte? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231.3 (aj. S.C. 1986, ch. 6, art. 121) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

BARON C. CANADA, 416.

2. Déductions — Dépenses relatives aux loisirs — Contribuable ayant engagé des frais de déplacement et de représentation pour accueillir des clients et des employés à un chalet de pêche — Ces frais sont-ils déductibles? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 18(1)(i).

SIE-MAC PIPELINE CONTRACTORS LTD. C. M.R.N., 895.

LIBERTÉS PUBLIQUES

Acte discriminatoire — Situation de famille — Congé de deuil refusé à un employé pour assister aux funérailles du père de son compagnon — Convention collective prévoyant un congé de deuil en cas de décès d'un membre de la «proche famille» de l'employé — «Proche famille» comprend un conjoint de fait de sexe opposé — Loi fédérale interdisant la discrimination fondée sur la «situation de famille» — Le refus d'accorder le congé de

LIBERTÉS PUBLIQUES—Fin

deuil est-il fondé sur la situation de famille? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3, 10.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MOSSOP, 554.

PRATIQUE

1. Intervention — Nouvelles questions — Cour suprême du Canada — Requête en vue d'interdire à un intervenant d'avancer l'argument de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement — Un intervenant n'a pas le droit d'élargir la portée des questions en litige ou d'y ajouter quoi que ce soit — Requête accordée.

R. C. MORGENTALER, 462.

2. Cour suprême du Canada — Demandes d'intervention — Groupes d'intérêt public démontrant un intérêt dans l'issue du pourvoi et avançant des arguments utiles et nouveaux — Groupes autorisés à intervenir — Particulier n'ayant aucun intérêt dans l'issue du pourvoi — Refus d'autoriser ce particulier à intervenir — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 18.

R. C. FINTA, 1138

PREUVE

Admissibilité — Preuve de faits similaires — Témoignages fort préjudiciables tendant à établir qu'une personne de mauvaise moralité est susceptible de commettre une infraction — Mineure agressée sexuellement et physiquement — Témoignages des frères concernant la violence qui régnait au foyer — Ces témoignages étaient-ils inadmissibles pour le motif qu'ils constituaient une preuve justificative? — Ces témoignages étaient-ils inadmissibles pour le motif que cette preuve n'était pertinente qu'en ce qui concernait la moralité de l'appelant, ou que son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante? — Si cette preuve était admissible, le jury aurait-il dû recevoir des directives particulières quant à l'utilisation qu'il pouvait en faire?

R. C. B. (F.F.), 697.

RELATIONS DE TRAVAIL

1. Contrôle judiciaire — Excès de compétence — Arbitrage — Congédiement dû à un manque de fonds — Est-ce que le refus de l'arbitre d'admettre une preuve pertinente et admissible constitue nécessairement une violation des principes de justice naturelle? — Nouvel arbitrage devant un autre arbitre.

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À TROIS-RIVIÈRES C. LAROCQUE, 471.

RELATIONS DE TRAVAIL—Fin

2. Fonction publique — Adoption par le gouvernement fédéral de la politique concernant le réaménagement des effectifs — Ministères obligés en vertu de la politique de mettre fin à des marchés de services afin de faciliter la réaffectation des employés excédentaires — Ministère fédéral ayant accordé des marchés de services pour diminuer ses années-personnes — Décision de la Commission rendue en faveur du renvoi du syndicat qui soutenait que l'impartition des services allait à l'encontre de la politique et de la convention collective — La décision de la Commission est-elle manifestement déraisonnable.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA, 941.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

1. Négligence — Déclaration inexacte faite par négligence — Responsabilité concomitante en matières délictuelle et contractuelle — Appel d'offres lancé par Hydro pour l'érection de pylônes et la pose de lignes de transport d'électricité — Dossier d'appel d'offres précisant que l'emprise serait déboisée par d'autres — Dossier d'appel d'offres incorporé dans un contrat par les parties — Emprise mal déboisée — Le demandeur peut-il exercer un recours en responsabilité délictuelle si l'obligation sur laquelle il fonde son recours constitue également, aux termes mêmes du contrat, une obligation contractuelle? — Dans l'affirmative, les conditions du contrat excluent-elles la responsabilité potentielle d'Hydro pour toute déclaration inexacte?

BG CHECO INTERNATIONAL LTD. C. BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY, 12.

2. Négligence — Déclaration inexacte faite par négligence — Obligation de diligence — Le représentant d'un employeur aurait fait des déclarations inexactes par négligence à un employé éventuel au cours d'une entrevue — L'employeur ou son représentant avaient-ils envers l'employé éventuel une obligation de diligence? — Dans l'affirmative, cette obligation a-t-elle été violée? — Effet de la signature subséquente d'un contrat de travail permettant le congédiement sans motif et une réaffectation.

QUEEN C. COGNOS INC., 87.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE—Fin

3. Dommages-intérêts — Calcul — Personne établie à son compte — Calcul fondé sur le coût après impôt de la main-d'œuvre de remplacement — S'agit-il là d'une méthode valable d'évaluation des dommages pécuniaires de l'appelante?

ENGEL C. SALYN, 306.

4. Dommages-intérêts — Limitation du préjudice — Victime d'un délit civil refusant de subir de nouveaux tests — Traitement conservateur recommandé par des experts médicaux — Le refus de l'appelante de subir des traitements médicaux était-il arbitraire ou déraisonnable constituant ainsi un manquement à l'obligation de limiter le préjudice?

ENGEL C. SALYN, 306.

TRIBUNAUX

1. Stare decisis — Cour suprême du Canada — Déclarations antérieures incompatibles admissibles seulement pour attaquer la crédibilité du témoin — La règle de common law relative à l'utilisation de déclarations antérieures incompatibles devrait-elle être modifiée? — Dans l'affirmative, cette règle devrait-elle être modifiée par le législateur plutôt que par les tribunaux?

R. C. B. (K.G.), 740.

2. Tribunal approprié — Action intentée devant des tribunaux américains — Demandeurs résidant pour la plupart au Canada — Liens de la plupart des sociétés défenderesses avec l'État où a été intentée l'action — Injonction interdisant des poursuites demandée à des tribunaux canadiens afin d'empêcher une action devant les tribunaux américains — Principes régissant la détermination du tribunal approprié et la courtoisie entre tribunaux — Une injonction est-elle appropriée?

AMCIEM PRODUCTS INC. C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (WORKERS' COMPENSATION BOARD), 897.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9